

**Universidade de Brasília – UnB**  
**Faculdade de Direito**

Milena Orlândi Leite de Melo

**O PAPEL DO TCU NO ARRANJO REGULATÓRIO:  
AUTONOMIA E CONTROLE DE AGÊNCIAS REGULADORAS**

Brasília  
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**O PAPEL DO TCU NO ARRANJO REGULATÓRIO:  
AUTONOMIA E CONTROLE DE AGÊNCIAS REGULADORAS**

Autor: Milena Orlândi Leite de Melo

Orientador: Mamede Said Maia Filho

Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel, no  
Programa de Graduação da Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 27 de novembro de 2019

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

Milena Orlândi Leite de Melo

### **O papel do TCU no arranjo regulatório: autonomia e controle de agências reguladoras**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 27 de novembro de 2019.

#### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. D.r Mamede Said Maia Filho (Orientador)

---

M.e Paulo Soares Bugarin  
(Membro)

---

Esp. Cássio Lourenço Ribeiro  
(Membro)

---

Prof. D.ra Daniela Marques de Moraes  
(Suplente)

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

### **O PAPEL DO TCU NO ARRANJO REGULATÓRIO: AUTONOMIA E CONTROLE DE AGÊNCIAS REGULADORAS**

Melo, Milena Orlândi Leite de Melo

O papel do TCU no arranjo regulatório: autonomia e controle de agências reguladoras / Milena Orlândi Leite de Melo; orientador Mamede Said Maia Filho - Brasília, 2019.

71

Monografia (graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

1. Tribunal de Contas da União. 2. Regulação. 3. Agências reguladoras. 4. Controle externo. 5. Possibilidades e limites. I.FD/UnB Mamede Said Maia Filho. II. Título

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

Melo, Milena Orlândi Leite de. O papel do TCU no arranjo regulatório: autonomia e controle de agências reguladoras. 2019. 71f. Monografia em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

## **Sumário**

<b>Introdução .....</b>	<b>11</b>
<b>1. Aspectos gerais e teóricos sobre o Estado Regulador .....</b>	<b>17</b>
<b>1.1. O que é o Estado Regulador no Brasil .....</b>	<b>17</b>
<b>2. Tribunal de Contas da União e agências reguladoras - O papel dessas instituições no modelo regulatório brasileiro .....</b>	<b>21</b>
<b>2.1. Tribunal de Contas da União: atribuições e natureza institucional e funcional.....</b>	<b>21</b>
<b>2.2. Agências reguladoras federais de transportes (ANTAQ, ANTT e ANAC): atribuições e natureza institucional e funcional.....</b>	<b>33</b>
<b>2.3. A Administração Pública dialógica: pontos de cooperação e limites de intervenção.....</b>	<b>37</b>
<b>3. Controle e independência - atuação do TCU sobre a regulação setorial.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1. Análise empírica da atuação do TCU.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2. Pontos de cooperação entre Agência e TCU.....</b>	<b>49</b>
<b>3.3. Limites ao controle externo.....</b>	<b>53</b>
<b>3.3.1. Análise de impacto regulatório .....</b>	<b>56</b>
<b>3.3.2. Audiência ou consulta pública .....</b>	<b>59</b>
<b>3.3.3. Requisitos de responsabilização de gestores: dolo e erro .....</b>	<b>61</b>
<b>4. Conclusão.....</b>	<b>63</b>

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo responder uma pergunta de pesquisa: Quais as possibilidades e os limites do controle exercido sobre agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União à luz das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente? Para respondê-la, o trabalho adota três perspectivas. A primeira, voltada a compreender o surgimento do Estado Regulador. A segunda, toma por base normas constitucionais e legais vigentes que disciplinam as competências e atribuições do TCU. A terceira, visa avaliar o papel do TCU no arranjo regulatório brasileiro a partir da análise das recentes autuações do TCU em relação às agências de infraestrutura dos transportes.

Palavras-chaves: regulação; agência reguladora independente; *accountability*; Tribunal de Contas da União.

## **Abstract**

The study aims to answer one research question: What are the possibilities and limits in the control of independent regulatory agencies by Supreme Audit Institution of Brazil (SAI) in light of its powers provided for by the law? To answer it, the study will combine three different perspectives. The first one aims to analyze the emergence of the independent regulatory agencies (IRAs) in Brazil. The second one aims to understand the powers that the SAI is entitled by the law. The third one aims to understand the role of SAI in the current brazilian regulatory arrangement by analyzing the subject matter of the proceedings pending before the court over transport infrastructure regulation by IRAs,

Keywords: regulation; independent regulatory agency; accountability; Federal Court of Accounts.

## **Lista de Figuras**

Figura 1	– Processo de Análise de Impacto Regulatório.....	56
----------	--	----



## Lista de Tabelas

Tabela 1	– Atribuições constitucionais do TCU.....	26
Tabela 2	– Atribuições previstas da Lei Orgânica do TCU.....	28
Tabela 3	– Sanções previstas na Lei Orgânica do TCU.....	30
Tabela 4	– Fiscalizações previstas no Regimento Interno do TCU.....	31
Tabela 5	– Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por tipo de processo em tramitação no TCU.....	42
Tabela 6	– Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por iniciativa de processo em tramitação no TCU.....	43
Tabela 7	– Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por tema de processo em tramitação no TCU.....	44
Tabela 8	– Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por medições de processo em tramitação no TCU.....	44
Tabela 9	– Contagem ANTAQ por grau de imperatividade de processo em tramitação no TCU.....	45
Tabela 10	– Contagem ANTT por grau de imperatividade de processo em tramitação no TCU.....	45
Tabela 11	– Contagem ANAC por grau de imperatividade de processo em tramitação no TCU.....	46
Tabela 12	– Contagem ANTAQ por referências a audiências/consultas públicas ou AIR em processo em tramitação no TCU.....	47
Tabela 13	– Contagem ANTT por referências a audiências/consultas públicas ou AIR em processo em tramitação no TCU.....	47
Tabela 14	– Contagem ANAC por referências a audiências/consultas públicas ou AIR em processo em tramitação no TCU.....	48
Tabela 15	– Elementos do Relatório de AIR.....	56
Tabela 16	– Quantidade de audiências por agência.....	59

## **Lista de Acrônimos**

<i>ANAC</i>	<i>Agência Nacional de Aviação Civil</i>
<i>ANEEL</i>	<i>Agência Nacional de Energia Elétrica</i>
<i>ANTAQ</i>	<i>Agência Nacional de Transportes Aquaviários</i>
<i>ANTT</i>	<i>Agência Nacional de Transportes Terrestres</i>
<i>INTOSAI</i>	<i>International Organization of Supreme Audit Institutions</i>
<i>SITAR</i>	<i>Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional</i>
<i>STF</i>	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
<i>TCU</i>	<i>Tribunal de Contas da União</i>

## Introdução

O controle da ação e organização administrativa está sujeito a diversas instituições estatais tais como tribunais de contas, Judiciário, ministérios públicos, Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (CADE), controladorias internas, entre outros, todos eles na busca de objetivos que se voltam ao combate às ilegalidades, à melhoria da gestão pública ou à implantação de políticas públicas. Como bem leciona Carlos Ari Sundfeld, *a adequada convivência desse complexo de órgãos de controle exige clareza quanto ao âmbito de competência de cada um e quanto aos modos como essas competências devem se relacionar* (SUNDFELD, 2017, p. 867).

O controle levado a cabo pelo Tribunal de Contas da União ("TCU"), órgão de auditoria externa, remonta ao período republicano. Por meio do Decreto n 966-A, o então Ministro da Fazenda Rui Barbosa criou o Tribunal de Contas, para realizar, inicialmente, exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à despesa e à receita do Brasil-República (CABRAL, 2014). A ordem constitucional vigente ampliou essas competências no que se refere aos responsáveis sujeitos ao controle prévio, concomitante e posterior, com avaliação sob as óticas de legalidade, legitimidade e economicidade.

A Assembleia Nacional Constituinte tomou como referência a estrutura organizacional do Decreto-Lei nº 200/67, adotando o *modelo de Executivo Unitário*, que possui dois pressupostos básicos (i.) *protagonismo decisório do chefe do Executivo*, e (ii.) *plena capacidade de organização administrativa do chefe do Poder Executivo*, pontos que se traduzem em possuir primazia decisória sobre políticas públicas, estratégias e alocação de recursos governamentais (MARQUES NETO, et al., 2019).

Por outro lado, o modelo de agência não foi objeto de debate pela Assembleia Constituinte e desafia pressupostos básicos tomados por ela: o modelo de *Executivo Unitário* passa a coexistir com o modelo de *Administração Pública Policêntrica*, que leva ao reconhecimento de órgãos e entes dotados de *capacidade técnica*, [...] *autonomia e independência*, afastando regras típicas do *Executivo Unitário* na medida em que o papel do chefe do Poder Executivo nessa seara é diminuto (MARQUES NETO, et al., 2019, p. 7).

No entanto, a função regulatória não se trata de matéria estranha à Constituinte, pois há expressa previsão do Estado como *agente normativo e regulador da atividade*

*econômica*. E mais, há menções expressas às Agências Reguladoras Independentes que passaram a compor a Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 8/1995, que previu, entre outras, a *criação de um órgão regulador* para a disciplina e fiscalização dos serviços de telecomunicações liberalizados pelo art. 21, inc. XI, e impôs a elaboração de lei sobre *a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União sobre petróleo*.

Em meados da década de 90, ocorre o início da implementação do modelo de *agências reguladoras* no Brasil, com vistas a reestruturar o papel do Estado em relação à sua atuação na esfera econômica, em busca de um ambiente propício para estabilizar expectativas e atrair capital privado para alavancar setores, em especial, recursos estrangeiros. A preferência por tecnicidade e descentralização também ganha espaço como forma de tornar embates menos suscetíveis a interesses político-partidários e reforçar governança (GUERRA, 2015).

Avaliados de forma isolada, as funções do Tribunal e Agências caminham para beneficiar gestão e desenvolvimento em diversas áreas. No entanto, essas atuações não ocorrem separadamente, há uma interação constante que, sem balizas e parâmetros, pode levar ao que é diagnosticado como fator contributivo para a falta de desenvolvimento e estabilidade em diversos setores, é o que Álvaro Palma de Jorge (2015) denomina *autonomia antropofágica de órgãos de controle*.

Com enfoque na carência geral de infraestrutura brasileira, esse autor elenca a falta de *definições mais claras sobre os limites para as intervenções do Poder Judiciário como instância revisora das decisões das agências reguladoras*, dentre os diversos fatores que tornam o país pouco atrativo para investimentos (JORGE, 2015).

Por considerar igualmente importante aprofundamento sobre a interação TCU-Agências, o trabalho pretende compreender melhor o diálogo e os limites entre esses agentes, o que pode vir ao encontro dos papéis e objetivos assumidos por esses órgãos, em um contexto nacional que demanda segurança jurídica, atração de investimentos, inovação e boas práticas regulatórias.

Este é o ponto de partida da pesquisa.

A necessidade de melhora regulatória impõe o enfrentamento de diversos *déficits*: responsabilização, eficiência, coerência governamental, legitimidade, entre outros (RAGAZZO, 2011).

Em meio à busca por melhorias, o Tribunal de Contas da União se apresenta no arranjo regulatório como agente que foca em atributos de *regularidade, transparência e melhoria*, em momentos diversos da regulação tais como *outorga, execução contratual e desempenho do regulador*, objetivando exercer um controle externo que agregue valor aos resultados da agência por ser dotado de *continuidade, sistematização, tecnicidade, independência e efetividade*. Nos seus próprios termos, expressos no Manual de Auditoria Operacional, *cabe ao TCU fiscalizar a atuação do ente regulador, não regular o mercado* (BRASIL, 2010).

É indiscutível a importância do Tribunal que, em resumo, exerce controle com o objetivo de garantir regularidade, transparência e auditabilidade da atuação administrativa, incluindo agências reguladoras (SALGADO, 2003).

No entanto, existe um problema jurídico nessa atuação.

São cada vez mais comuns críticas dos mais diversos atores sobre uma suposta *extrapolação* de competência do Tribunal de Contas da União.

As normas que conferem competências ao TCU (responsáveis por prever suas possibilidades e limites de controle e, por consequência, as hipóteses em que está, ou não, legitimado a concretamente agir) exigem que sua atuação seja legal, neutra e ponderada. Mas é exagerado supor que isso sempre ocorra na prática. Observadores vêm notando que o TCU por vezes **extrapola suas competências**, com opiniões, recomendações, exigências ou proibições que, mesmo sem dizê-lo, baseiam-se não em razões jurídicas, mas em razões políticas, isto é, em convicções de seus agentes quanto às decisões administrativas que seriam mais convenientes ou oportunas. Essa atuação tem dado ensejo a diagnósticos segundo os quais o órgão de controle estaria tentando capturar as políticas públicas e assumir indevidamente a discricionariedade dos gestores (SUNDFELD; CÂMARA, 2013, p. 178; MARQUES NETO, 2009, p. 221; JORDÃO, 2014, p. 228; ROSILHO, 2016, p. 341). (SUNDFELD, 2017, p. 878)

Por se tratar de órgão de auditoria externa (*Supreme Audit Institutions*), não se chancela todo e qualquer tipo de comando. Há quem defenda ser possível apenas aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico, os quais só podem ser emitidos caso se constate alguma ilegalidade em matéria financeira, esse seria o denominador comum para permitir o exercício das competências do Tribunal (SUNDFELD, CÂMARA, 2013, p. 182).

O primeiro objetivo do trabalho é formatar adequadamente tal crítica, pois o uso do vocábulo *extrapolar* pode não deixar claro o que efetivamente vem ocorrendo. A

crítica, dita de forma mais clara e adequada, deve ser colocada nos seguintes termos: o Tribunal de Contas da União vem *interpretando e reinterpretando* suas competências em relação a fenômenos recentes.

O regime de competências do TCU se aperfeiçoou durante todo o período republicano e não foi pensado para dois fenômenos recentes: a conformação de um direito administrativo garantista e o surgimento do Estado Regulador, os quais levaram o Tribunal a conferir novas leituras e ajustes às suas competências, que por vezes são colocadas em dúvida.

A relação de controle da Administração Pública pelo TCU alcança patamares ainda mais elevados de complexidade por se tratar de controlada com natureza especial, dotada de autonomia e independência para regular.

Considerando as dúvidas que permeiam o desenho do controle externo no regime de competências constitucionais e infraconstitucionais, emerge a necessidade de investigar as competências do Tribunal de Contas da União e contrapô-las ao regime das agências. Portanto, o debate a ser sintetizado se volta para a análise de competência, pressuposto da atuação administrativa que *resulta da lei e por ela é delimitada* (MEIRELLES, 2011).

Esse é o plano de fundo desse trabalho, que demonstra a relevância do tema.

Ao propor como tema a atuação do Tribunal de Contas da União no controle externo de agências reguladoras brasileiras, a pesquisa procura examinar justificativas, limites e contornos dessa atuação. O objetivo principal é contribuir para a compreensão e avaliação crítica dos fundamentos e desempenho do TCU nessa seara.

No âmbito da presente pesquisa, análise será circunscrita ao controle externo<sup>1</sup> do TCU na atuação de agências reguladoras federais de infraestrutura de transportes<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup>O enfoque será dado ao controle externo exercido pelo TCU a partir das competências que lhe foram atribuídas constitucionalmente (art. 71, CF/88) e por sua lei orgânica.

<sup>2</sup> Recorte feito no âmbito do Relatório de Auditoria (TC 031.996/2013-2) que indicou como entidades fiscalizadas sob a nomenclatura de “agências reguladoras da infraestrutura” as seguintes: “Agência Nacional de Aviação Civil; Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional de Telecomunicações; Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Agência Nacional de Transportes Terrestres; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis”. Considerando esse escopo, foram selecionadas as responsáveis por infraestrutura dos transportes terrestres, aéreo e aquaviários: ANAC, ANTAQ e ANTT.

Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Transportes Terrestres e Agência Nacional de Aviação Civil.

O recorte de agências de infraestrutura leva em consideração o atual contexto do país nessa seara.

Do lado otimista, o Brasil é indicado como o terceiro país emergente dentre os mercados de infraestrutura com melhores potenciais nos próximos cinco anos (2019 *Global Infrastructure Investor Survey*). Governança ganha destaque ao lado de questões sociais e ambientais na avaliação de investimentos em infraestrutura, pois tais pontos são considerados protagonistas por 97% dos entrevistados na escolha de investir.

Por outro lado, há dados pessimistas. O Brasil deixou de constar em conceituado *ranking* de consultoria internacional sobre países confiáveis para investimento estrangeiro (2019 A.T. *Kearney Foreign Direct Investment Confidence Index*). Segundo a consultoria, isso pode ser explicado pelo receio de investidores em relação às incertezas econômicas e políticas.

Sob o ponto de vista qualitativo, o foco do estudo será o debate sobre a competência do TCU.

Na avaliação quantitativa, serão analisados dados de 2014 a 2019, de elaboração própria e de autoria do TCU<sup>3</sup>, referentes às autuações efetivadas pelo tribunal em relação às agências reguladoras federais, atuantes na área de infraestrutura dos transportes, com recorte voltado à iniciativa, natureza e grau de imperatividade dos acórdãos.

Assim sendo, a pesquisa, quanto à abordagem, trata-se de pesquisa quali-quantitativa, com foco na análise de dados sobre as autuações feitas pelo TCU, em que agências reguladoras federais de transportes figuram como entidades interessadas. Quanto à natureza, é aplicada. Em relação aos objetivos, é classificada como descritiva e exploratória, por buscar familiaridade nessa relação controle externo-regulação. No que se refere aos procedimentos, classifica-se como pesquisa de levantamento, bibliográfica e documental (ENGEL, SILVEIRA, 2009).

---

<sup>3</sup> Informações retiradas do Relatório Anual de Atividades do TCU (2018) e obtidas através sistema “pesquisa integrada do TCU”.

Sem pretender esgotar o tema, a principal hipótese a ser estudada é de que as agências reguladoras se submetem ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, desde que o controle não acarrete a substituição da decisão regulatória pela decisão do Tribunal, com vistas a garantir sua atuação dentro das competências legais e conferir maior segurança jurídica, incentivos à inovação e atração a investimentos no país.

O trabalho está organizado em quatro capítulos.

No capítulo 1, há apresentação do contexto da análise: a atual conformação estatal. Serão tratados aspectos gerais e teóricos do Estado Regulador, com breves apontamentos sobre as modalidades de conformação estatal: Estado Positivo (também chamado de Estado Providência ou Estado Empresário) e, seu sucessor, o Estado Regulador. A mudança para o Estado Regulador leva à necessidade de construção da função estatal de regulação, por essa razão, é feito um esforço de delimitação do conteúdo da regulação, termo plurissignificativo que ainda é objeto de reflexão por diversos autores. Ao fim, há exposição do momento atual de regulação no Brasil e das questões que dele emergem.

No capítulo 2, de posse da delimitação e características da função reguladora, o foco é apresentar as instituições que são objeto da análise: Tribunal de Contas da União e agências reguladoras. O papel das instituições selecionadas no modelo regulatório brasileiro será explicitado a partir da exposição das principais competências legais e formas de atuação. Em seguida, a interação entre esses entes será tratada sobre a perspectiva de um novo direito administrativo, afastado de um perfil autoritário e mais próximo de um perfil garantista, que levou a um Estado mais aberto ao diálogo. Essa conformação é denominada Administração Pública dialógica, na qual se tem fomentado o diálogo com agentes externos e entre agentes internos. O recorte feito será voltado a esse novo perfil dialógico entre agentes internos (TCU e agências) sob o ponto de vista otimista e cético para introduzir uma preocupação necessária: os pontos de diálogo e os limites de intervenção do TCU nas agências.

O capítulo 3, inicialmente, é dedicado à análise empírica da atuação do Tribunal de Contas da União nos setores de transportes terrestres, aquaviários e aéreo, a partir de uma análise de conteúdo dos acórdãos, com o objetivo de obter um retrato da atuação do Tribunal através de suas atuações, que indicam o que está sendo foco de atenção do tribunal, e suas decisões, que contém os parâmetros de avaliação.



Feito esse estudo, são apresentados os pontos de cooperação entre TCU e agências, com destaque para as disposições da nova Lei nº 13.848/2019 (“Lei das Agências”) e os limites ao controle externo, com apresentação de três balizadores: *(i.)* análise de Impacto Regulatório, *(ii.)* audiência ou consulta pública e *(iii.)* requisitos de responsabilização de gestores (dolo e erro).

No capítulo 4, algumas perspectivas para o controle externo sobre agências reguladoras são discutidas, com a formulação de considerações no sentido de propor uma maior articulação do TCU com as agências, com vistas a evitar instabilidade jurídica em respeito aos limitadores do controle apresentados (e não exaustivos) e permitir a convivência harmônica das competências de cada ente.

## **1. Aspectos gerais e teóricos sobre o Estado Regulador**

### **1.1. O que é o Estado Regulador no Brasil**

A crise do Estado de bem-estar social levou à reconfiguração do papel desempenhado pelo Estado, desencadeando uma intensa reforma administrativa, com destaque para sucessivas privatizações e desestatizações. Ao deixar o posto de principal agente da economia, marcado pela intervenção direta, o Estado assume a função de fiscal das atividades delegadas ao setor privado, o que levou à conformação de um Estado Regulador (MAJONE, 1999).

Intensifica-se um processo de desconstrução do modelo primordialmente assente em unilateralismo decisório, soberania irrestrita e legitimação exclusivamente legal (MENESES, 2018, p. 12). Majone (2006) explora o modelo de governança, mecanismos internos e externos de duas modalidades: Estado Positivo e Estado Regulador. Interessa, por ora, destacar as principais funções, instrumentos de atuação e instituições características de cada um deles.

Enquanto o Estado positivo se apresenta como um modelo mais voltado à redistribuição e estabilização da macroeconomia, o Estado Regulador tem enfoque na correção de falhas de mercado. Os instrumentos também diferem: a atuação do Estado Positivo se dá, principalmente, por meio de tributação e controle dos dispêndios, já o Estado Regulador, ainda que também faça uso desses instrumentos, tem como ferramenta preponderante a elaboração de regras.

A composição entre eles também apresenta diferenças. As instituições que são preponderantes e características do Estado Positivo são, entre outros, parlamentos, departamentos ministeriais e empresas nacionalizadas. A seu turno, o Estado Regulador é caracterizado sobretudo pela criação de comissões parlamentares, agências e comissões independentes.

Marçal Justen (2011), por sua vez, destaca que o Estado de Providência cede espaço para essa nova concepção estatal de Estado Regulador dotada das seguintes alterações: (i.) transferência de um conjunto de atividades para a iniciativa privada, (ii.) primazia de um modelo interventivo indireto, a ser efetivado no exercício de competências regulatórias, (iii.) intervenção voltada à proporcionar valores da Administração Pública e à correção de falhas de mercado, (iv.) disciplina permanente das atividades reguladas.

Gustavo Binenbojm (2014, p. 266-267) esclarece que a superação da crise do Estado brasileiro passou pela *reformulação das estratégias de intervenção do Estado na Economia*:

Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção opera-se de modo indireto. O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade. Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias. Por outro lado, a transferência de serviços públicos e/ou de sua execução à iniciativa privada não poderia conduzir a um Estado puramente liberal, guiado pelo não-intervencionismo. Daí as agências constituírem também efeito da reforma por que passou o Estado brasileiro, na medida em que foram institucionalmente incumbidas da regulação tanto de serviços públicos desestatizados, como de outras atividades econômicas de relevante interesse social, devolvidas total ou parcialmente à iniciativa privada.

Ou seja, privatização, liberalização, necessidade de investimentos, reforma regulatória e austeridade fiscal foram alguns dos impulsos que levaram a mudanças no modelo estatal. O Estado positivo, notadamente intervencionista, perde espaço para um modelo de caráter mais normativo, o Estado Regulador. Essa mudança leva a uma

necessidade de construção da função estatal de regulação, visto que o termo regulação é *plurissignificativo* (GONÇALVES, 2015, p. 242). Ao tratar do possível conteúdo da regulação, Aragão (2003, p. 22) reconhece essa polissemia, que acaba por conflitar com a *necessária segurança que deve reger o mundo do Direito*.

O esforço de delimitação do conteúdo da regulação é feito por diversos autores. Marques Neto (2005, p. 29-33) entende que a atuação estatal é possível nos campos de regulação, produção direta de bens e serviços, e fomento de atividades econômicas privadas. Dentro de regulação, são múltiplas as possibilidades de atuação, principalmente, em suas formas *coercitiva, adjudicatória, coordenadora e organizadora, fiscalizadora, sancionatória, conciliadora e recomendatória* de medidas de *ordem geral*, com uma devida *permeabilidade* da autoridade reguladora aos interesses dos regulados.

Há três características principais que compõem a contemporânea atividade reguladora: (i.) *independência*, (ii.) *instrumentalidade*, e (iii.) *setorização*. Marques Neto (2005) explica que há uma independência (ou autonomia) que difere daquela conferida às tradicionais autarquias do direito brasileiro, uma vez que há independência administrativa no manejo de instrumentos regulatórios e independência orgânica, por não existir ampla subordinação ao poder central. A subordinação existente é restrita ao estabelecimento de diretrizes, políticas públicas e metas gerais do Poder Público.

Aragão (2003) esclarece que as atividades são desempenhas com uma *autonomia reforçada* própria de agências reguladoras, sobretudo pela vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O autor entende que a autonomia da atividade reguladora do Estado aproxima-se dos *poderes neutrais* ao se configurar com base no exercício imparcial de funções em relação aos diversos interesses, sem, no entanto, desconsiderá-los, visto que uma regulação descolada da realidade é potencialmente danosa ao setor administrado.

Há, assim, independência e permeabilidade. Significa dizer que, ao mesmo tempo em que se atenta às contribuições dos agentes regulados e orientações do poder central, a atuação do regulador é dotada de autonomia de gestão, pessoal e recursos.

A instrumentalidade ocorre em prestígio a um Estado mais dinâmico, voltado à busca constante de concretização de *finalidades coletivas* (ARAGÃO, 2003). Por não ser objeto do presente trabalho a forma de escolha dessas finalidades, o importante é

notar que Estado regulador atua como conformador da ordem socioeconômica e a função reguladora assume feições de instrumento voltado a busca desses objetivos, com permeabilidade à realidade setorial regulada.

A setorização se traduz na forma de organização da função reguladora pela especificidade do setor regulado. Ou seja, os entes incumbidos de exercer controle regulatório dispõem de alta especialização técnica voltada à *ordenação da pluralidade*, através de diálogo e coordenação dos mais diversos de atores, finalidades e interesses envolvidos (ARAGÃO, 2003).

A essa altura, para uma melhor delimitação do conteúdo da regulação, impõe-se a realização de breve distinção entre regulação e regulamentação. Guerra (2013) expõe que as funções de regulação e de regulamentação se encontram em planos distintos: a regulação figura como uma *função administrativa* e a regulamentação como uma *função política*. Para o autor, a regulação é configurada pela *escolha administrativa reflexiva*, notadamente marcada pela ponderação de múltiplas opções regulatórias possíveis, as diversas diretrizes setoriais e uma infinidade de interesses, muitas vezes conflitantes entre si. Já a regulamentação *não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo seu espírito e conteúdo*.

Ainda que permaneçam divergências, sem ser possível precisar acuradamente o conteúdo da regulação, a primeira conclusão parcial que pode ser extraída do exposto é a percepção da atividade regulatória como expressão da *função administrativa* marcada pela *escolha reflexiva, independência, instrumentalidade e setorização*, cujo fim é buscar *equilíbrio e harmonização* do setor regulado, exercida por agências de autonomia reforças e altamente especializadas.

No Brasil, há uma busca constante por aperfeiçoamento do modelo regulatório, que Ragazzo (2011) esquematiza em *três ondas*. Em um primeiro momento, o enfoque se deu na relação entre desregulação, desestatizações e independência das agências reguladoras, fase que é criticada em relação à autonomia e ao método decisório dessas autarquias. Em um segundo momento, a discussão se volta para a legitimidade das decisões, oportunidade em que são levantadas questões sobre a ausência de responsabilização e críticas sobre a forma de participação de grupos de interesse (consultas e audiências públicas).

O momento atual, terceira onda, traz como protagonistas questões sobre arranjos regulatórios com vistas a atrair investimentos (típico da primeira onda) ao mesmo tempo em que é preciso enfrentar a escassez de recursos e as avaliações de custo-benefício. Há, na visão desse autor, uma necessidade de promover melhorias para enfrentar *déficits* de legitimidade, eficiência e coerência governamental, pois essas falhas vêm provocando interferências nas opções tomadas pelas agências reguladoras.

Disso, é possível concluir que a simples legitimação pelo processo e afirmação da independência não parece ser suficiente para endereçar a questão. A delimitação clara do espaço institucional das agências perpassa pela legitimação das escolhas regulatórias por meio de participação social, elaboração de análises de impacto regulatório, aperfeiçoamento do diálogo institucional entre os órgãos, estabelecimento de limites entre agências e os demais poderes, agenda regulatória devidamente estruturada, uso de mecanismos de transparência e controle, entre outras questões.

Para tratar melhor de alguns pontos que emergem na terceira onda, de posse da delimitação e características (ainda que não exaustivas) da função reguladora a partir da visão da doutrina brasileira, passa-se a apresentar os atores selecionados para o presente trabalho: o Tribunal de Contas da União e as agências reguladoras federais.

## **2. Tribunal de Contas da União e agências reguladoras - O papel dessas instituições no modelo regulatório brasileiro**

### **2.1. Tribunal de Contas da União: atribuições e natureza institucional e funcional**

O objetivo do trabalho não constitui propriamente uma pesquisa histórica sobre as Cortes de Contas, e sim tecer considerações sobre as estruturas desse Tribunal que servem para uma compreensão da sua atual conformação, com foco nos aspectos formais e teóricos da instituição pós-Constituição de 1988.

Segundo Cabral (2014), tão somente no período republicano que se consolida o surgimento do Tribunal de Contas da União, por meio do Decreto nº 966-A. Na exposição de motivos desse ato, nos termos de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda do Governo Provisório, trata-se de

corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de

converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. (BARBOSA, p. 254)

Desde então, o papel exercido por esse Tribunal teve variações que, segundo Menezes (2015), acompanharam a lógica de atuação do Poder Legislativo do período, sofrendo restrições quando este sofreu, a exemplo do que ocorreu durante o Governo Militar de 1964, e expansões o Poder Legislativo as teve, como se verifica com o advento da Constituição de 1988.

O estudo recorrerá a fontes textuais (significado dos comandos legais) e a fonte extrínseca (história legislativa)<sup>4</sup> para promover a análise da legislação que rege a atuação do TCU e para colher subsídios úteis do processo legislativo para entender a atual conformação de competências.

Quando se recorre aos documentos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, fica claro que aquele momento significou a refundação da ordem jurídica para o Direito. Porém, quanto ao TCU, pode-se dizer que se tratava de uma página *quase* em branco.

A instituição foi criada em 1890 e possui uma trajetória bem delineada. Ainda que o constituinte possuísse, em tese, ampla liberdade para delinear a nova ordem jurídica, o TCU é dependente de sua trajetória, isto é, *os atributos passados importam e influenciam o ritmo das mudanças futuro* (SCHAPIRO, 2010, p. 281). Ainda assim, a constituinte procurou reformar o papel do TCU no controle da administração e fez relevantes alterações.

Em um cenário pós-regime de exceção, havia grande desconfiança do Poder Executivo e um claro intuito de fortalecer o Poder Legislativo. Com isso, estava claro o objetivo de fortalecer também os tribunais de contas: *“Quando a lei fortalece o Tribunal, fortalece o Congresso Nacional, porque cabe aos dois o desempenho do controle. Pela Constituição atual, o controle externo existe, tanto para o Tribunal quanto para o Congresso Nacional. Então, fortalecer o Tribunal é fortalecer o Congresso Nacional”* (Depoimento do Ministro Ewald Pinheiro, do Tribunal de Contas da União, Assembleia Nacional Constituinte - Ata de Comissões, Comissão do Sistema

---

<sup>4</sup> É possível segmentar as fontes de interpretação do Direito em duas categorias principais: (i.) as fontes textuais, que procura entender comandos legais a partir de significado, sintaxe, inferências ou confronto com as demais leis do ordenamento, e (ii.) as fontes extrínsecas ao texto da lei, que busca compreender os comandos a partir de elementos externos ao texto e às convenções de linguagem (ROSILHO, 2016).

Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 06.05.1987, p.54).

Nesse quadro, é relevante compreender duas mudanças e as discussões da ANC em torno delas: (i.) a inclusão de parâmetros para a avaliação de qualidade dos gastos públicos, e (ii.) o estabelecimento do rol de responsáveis por prestar contas.

Um dos desafios atuais do controle da administração é garantir mecanismos de controle direcionados menos ao cumprimento de exigências formais e mais ao alcance concreto de resultados, pois a ideia de controle responsivo (ou consequencialista) procura garantir a permeabilidade da ordem jurídica às influências sociais e o endereçar objetivos legais precisos à autoridade: *um controle comprometido com objetivos e efeitos e com a análise do impacto das medidas adotadas, o que demarca a necessidade de seu compromisso com resultados, os quais devem ser buscados em conformidade com as provocações advindas da sociedade* (MARQUES NETO, 2010).

Rosilho destaca que tal preocupação está em pauta desde a ANC, em 1987, conforme se depreende da fala do sr. Andrea Sanandro Calabi, então Secretário do Tesouro Nacional, reconheceu a *grande relevância* do sistema de controle e fiscalização, no entanto, criticou o controle externo dos tribunais de contas pelo excesso de formalismo, indicando que o controle não deveria ser focado no exame de validade jurídico-administrativo: “*O fato é que o controle [externo exercido pelo TCU], muitas vezes, se atém a sua mera formalidade, também jurídico. (...) há uma compra errada de clipes, mas passam elefantes pela frente desse sistema de controle*”. (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 5ª Reunião, 02.06.1987, p. 31).

Daí emerge um dos principais aspectos da constituinte: a inclusão de parâmetros para a avaliação de qualidade dos gastos públicos, especialmente quanto à possibilidade de realizar *auditoria operacional*.

A auditoria operacional surgiu no final dos anos 1970, em parte, explicada pela reforma da atuação estatal (POLLIT et al, 2009). Trata-se de fiscalização encorajada pela Declaração de Lima da INTOSAI (*International Organization of Supreme Audit Institutions*).

Declaração de Lima da INTOSAI (1977)

“Section 4. legality audit, regularity audit and performance audit

1. The traditional task of Supreme Audit Institutions is to audit legality and regularity of financial management and of accounting.
2. In addition to this type of audit, which retains its significance, there is another equally important type of audit – performance audit – which is oriented towards examining the performance, economy, efficiency and effectiveness of public administration. Performance audit covers not only specific financial operations, but the full range of government activity including both organisational and administrative systems.
3. The Supreme Audit Institution’s audit objectives – legality, regularity, economy, efficiency and effectiveness of financial management – basically are of equal importance. However, it is each Supreme Audit Institution to determine its priorities on a case-by-case basis”

Ou seja, a auditoria operacional não se trata de um conceito criado pela Constituição de 1988, muito menos de conteúdo desconhecido (ainda que possua escopo bastante amplo). Como bem destaca Rosilho (2016, p. 63), “*independentemente das dúvidas e incertezas que existam em relação a seu conceito, uma coisa é fato: esse tipo de auditoria está mais preocupada com a qualidade das despesas governamentais do que com o fato de elas cumprirem, ou não, requisitos formais de validade*”.

Esse tipo de auditoria chegou a ser excluída pelo Constituinte Relator José Luiz Maia, aprovado no âmbito da Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, mantendo a ideia de auditoria operacional para o controle interno<sup>5</sup>, a semelhança do feito pela Constituição de 1967<sup>6</sup>.

A auditoria operacional voltou ao texto constitucional e representou uma ruptura com a tradicional fórmula da *tríplice competência fiscalizatória de contas* (fiscalização

---

<sup>5</sup> Anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira  
Art. 35. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário manterão sistema de controle interno, com a finalidade de:

V – acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento

VI – avaliar os resultados alcançados pelos administradores, inclusive quanto à execução dos contratos e convênios.

Parágrafo único. Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou abuso, darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

<sup>6</sup> Constituição de 1967

Art. 72. O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a:

I – criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;

II – acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento;

III – avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.



*contábil, financeira e orçamentária*) com a inclusão da inédita atribuição da *fiscalização operacional* (NETO, et al, 2019, p. 8).

Ocorre que a fiscalização operacional não alcança o mérito da decisão administrativa (juízo de conveniência e oportunidade) de programas governamentais e despesas, por inexistência de previsão legal, ainda que a questão tenha sido levantada no âmbito da ANC. A matéria foi objeto de discussão no âmbito da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças e não foi acatada.

Existe na administração um pensamento, uma ideia de que o Tribunal não pode examinar a utilidade, a conveniência e a oportunidade de uma despesa. Sou contra isso. É o mérito da despesa. Se a despesa é inútil, como praticá-la? Então esse aspecto surgiu em 1937, período em que o regime, como lembram os eminentes Constituintes, foi autoritário, tendo gerado uma Constituição autoritária, sob o Estado Novo. A Lei Orgânica daquela época vetou ao Tribunal conhecer da utilidade, conveniência ou oportunidade. As posteriores não repetiram isto, mas se mantém por tradição o princípio com o qual não me conformo. Acho que em certos casos o exame da utilidade, da conveniência e da oportunidade é essencial para saber de o dinheiro público foi realmente bem aplicado (Assembleia Nacional Constituinte, Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 06/05/1987, p. 55)

Desse modo, o mérito da decisão administrativa não pode ser objeto de apreciação, pois *a conveniência e oportunidade é valorada internamente pela Administração – e unicamente por ela – para a prática, abstenção, modificação ou revogação do ato de sua competência* (MEIRELLES, 1998, p. 547).

A restrição à atuação do Tribunal é reforçada pela opção constitucional pelo sistema de jurisdição una, que impede a concessão de poderes amplos ao TCU, o que poderia levá-lo a assumir os contornos de tribunais administrativos do modelo francês de dualidade da jurisdição.

Assim sendo, em paralelo à avaliação legal-contábil, o texto constitucional passa a autorizar o estabelecimento de critérios de avaliação da *relação entre meios e fins (economicidade)* e alinhamento aos *princípios gerais (legitimidade)* da decisão tomada, dentre as várias escolhas possíveis.

É possível ainda uma avaliação voltada à feição operacional do uso dos recursos públicos, ou seja, o foco da fiscalização passa a dispor sobre parâmetros de legalidade

e de avaliação de *desempenho* (ZYMLER, 2001). por força do art. 70 da CF/88, resguardado o mérito da decisão administrativa:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, **operacional** e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto **à legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (Constituição Federal de 1988, Seção IX, art. 70) (grifos nossos)

Esses novos critérios de controle de conformidade foram acompanhados pela ampliação do âmbito de atuação (SPECK, 2000), com a definição da fórmula dos *responsáveis ou administradores por bens e valores públicos* trazida por constituições anteriores<sup>7</sup>.

Os tribunais de contas foram importantes e ativos participantes da ANC. O diálogo entre esses tribunais culminou na elaboração de minuta que representaria o regramento ideal das competências desses tribunais.

Em seu art. 72, o anteprojeto dos tribunais dispôs que “quem quer que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou, por qualquer forma, administre dinheiros, bens e valores públicos, disso prestará contas” e a Constituição, em seu art. 70, parágrafo único, manteve a mesma linha, pois a redação do anteprojeto apresentado pelos tribunais de contas à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira foi adicionada à redação final da Constituição de 1988 com ajustes.

Desse modo, é passível de fiscalização *qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária* (art. 70, parágrafo único, Constituição Federal).

No que se refere ao papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União, as atribuições constitucionais podem ser assim esquematizadas:

Tabela 1 – Atribuições constitucionais do Tribunal de Contas da União

### Atribuições constitucionais do Tribunal de Contas da União

---

<sup>7</sup> Speck (2000) explica que essa expressão constou nas constituições desde a CF/1934, sem um rol claro de quem seriam esses responsáveis.

Nº	Atribuição	Fundamento da CF/88
1.	Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos	Art. 33, §2º e art. 71, II
2.	Fiscalizar as aplicações de subvenções e a renúncia de receitas	Art. 70
3.	Apreciar as contas anuais do presidente da República	Art. 71, I
4.	Apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões	Art. 71, III
5.	Realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional	Art. 71, IV
6.	Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais	Art. 71, V
7.	Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a estados, ao Distrito Federal e a municípios	Art. 71, VI
8.	Prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas	Art. 71, VII
9.	Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos	Art. 71, VIII e XI
10.	Emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas não-autorizadas	Art. 72, §1º
11.	Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades	Art. 72, §2º
12.	Fixar os coeficientes dos fundos de participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras	Art. 161, parágrafo único

Fonte: BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório anual de atividades (1999)

Speck (2000) apresenta classificação mais simples, que atende aos propósitos do trabalho, separando quatro funções: (i.) *atividades quase-administrativas* (que inclui registro de *contratações* e *aposentadorias*), (ii.) *atividades de assessoria* (que inclui a elaboração do *parecer prévio sobre as contas do governo*), (iii.) *atividades judiciais* (que inclui *julgamento das contas do governo*), e (iv.) *fiscalização* de atos e contratos

(que inclui a realização de *investigações e auditorias*). Interessa tratar detalhadamente das fiscalizações.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, ao dispor sobre natureza e competência, traz fundamentos para a atuação fiscalizadora do Tribunal, concedendo amplos poderes de fiscalização e sanção em relação àqueles que utilizam dinheiro público, direta ou indiretamente.

Nos termos da Lei 8.443/92, há dispositivos que reforçam a legalidade dos amplos poderes de fiscalização, apuração de responsabilidades e aplicação de penalidades a agências reguladoras e seus respectivos dirigentes, por expressa previsão dessas competências e inclusão desses agentes no rol de responsáveis da lei<sup>8</sup>.

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: (...)

II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à **fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades** referidas no inciso anterior; (...)

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e **definindo responsabilidades**, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;

IX - **aplicar aos responsáveis as sanções** previstas nos arts. 57 a 61 desta Lei; (grifos nossos)

O mandato institucional do Tribunal inclui a fiscalização de atos e contratos firmados por responsáveis sujeitos à sua jurisdição, o que permite ao TCU averiguar licitações, contratos e atos normativos em que a Agência figure como entidade interessada. Em resumo, a Lei Orgânica do Tribunal traz as seguintes atribuições:

Tabela 2 – Atribuições previstas da Lei Orgânica do TCU

---

<sup>8</sup> Lei 8.443/92, Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

Atribuições previstas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (art. 41)		
Nº	Atribuição	Fundamento da Lei 8.443/92
1.	Acompanhar a lei relativa ao plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual e a abertura de créditos adicionais	Art. 41, I, a
2.	Acompanhar os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38	Art. 41, I, b
3.	Realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial	Art. 41, II
4.	Fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta	Art. 41, III
5.	Fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município	Art. 41, IV
6.	Estabelecer medidas saneadoras das impropriedades e faltas identificadas em inspeções e auditorias	Art. 41, §2º

Fonte: elaboração própria

Em fiscalizações de atos e contratos, há alguns cenários possíveis previstos na lei que são relevantes para a pesquisa, os quais estão previstos na Seção IV da Lei 8.443/92.

O primeiro deles é quando (i.) não há *transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*, ou (ii.) há *tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal*, situações que serão encaminhadas nos termos do regimento interno<sup>9</sup> do Tribunal (art. 43, inc. I).

---

<sup>9</sup> Aplica-se o disposto no Art. 250 do Regimento Interno do TCU: *Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: I – determinará o arquivamento do processo, ou o seu apensamento às contas correspondentes, se útil à apreciação destas, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária,*

O segundo quadro diz respeito à verificação de (iii.) *irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade*, o que enseja a audiência do responsável para apresentar razões de justificativa (art. 43, inc II). Não elidida a irregularidade, há aplicação de multa (art. 43, inc II, parágrafo único).

O terceiro cenário depende da configuração de (iv.) *ilegalidade de ato ou contrato*. Nessa situação o Tribunal assinar prazo ao responsável para adotar providências necessárias ao exato cumprimento da lei. No caso de ato administrativo, se não atendido, *sustará a execução do ato impugnado; comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; e aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei*. No caso de contrato, se não atendido, *comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis* (art. 45).

Em complemento a essas previsões, o Capítulo V da Lei Orgânica estabelece parâmetros de aplicação de penalidades aos administradores e responsáveis sujeitos à jurisdição do Tribunal.

Tabela 3 – Sanções previstas na Lei Orgânica do TCU

<b>Sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Cap. V)</b>		
<b>Nº</b>	<b>Descrição</b>	<b>Fundamento da Lei 8.443/92</b>
1.	Aplicar multa a responsável julgado em débito de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.	Art. 57
2.	Aplicar multa a responsável por contas julgadas irregulares de que não resulte débito	Art. 58, I, b
3.	Aplicar multa a responsável por ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial	Art. 58, II
4.	Aplicar multa a responsável por ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário	Art. 58, III

---

*operacional ou patrimonial; II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações;*

5.	Aplicar multa a responsável por desatendimento de diligência ou descumprimento de decisão (inclusive em caso de reincidência) no prazo fixado, sem justificativas	Art. 58, IV e VII, §1º
6.	Aplicar multa a responsável por obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias	Art. 58, V
7.	Aplicar multa a responsável por sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal	Art. 58, VI
8.	Aplicar a penalidade de inabilitação a responsável por infração grave para exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública	Art. 60

Fonte: elaboração própria

A depender dos resultados de suas fiscalizações, se configurada alguma das hipóteses já reproduzidas, o Tribunal possui competência não só para dispor sobre medidas corretivas, como também aplicar penalidades aos responsáveis.

Os processos de controle são ainda mais detalhados no âmbito do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Se a Constituição de 1988 faz referência tão somente às inspeções e às auditorias, o regimento traz uma série de instrumentos de fiscalização com as seguintes características:

Tabela 4 – Fiscalizações previstas no Regimento Interno do TCU

Fiscalizações previstas no Regimento Interno do TCU			
Nº	Descrição	Legitimados	Fundamento do RI-TCU
1.	<b>Solicitação do Congresso Nacional:</b> utilizado para requerer a prestação de informações e a realização de auditorias pelo TCU.	Presidente do Senado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, presidentes de comissões do Congresso Nacional ou de alguma de suas casas.	Arts. 231 a 233
2.	<b>Denúncia:</b> utilizado para noticiar irregularidades ou ilegalidades ao TCU.	Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato	Art. 234 a 236

3.	<b>Representação</b> <sup>10</sup> : utilizado para apresentar irregularidades ou ilegalidades ao TCU.	Ministério Público da União, órgãos de controle interno, servidores públicos, tribunais de contas, equipes de inspeção ou auditoria, unidades técnicas do TCU, outros com essa prerrogativa por força de lei específica.	Art. 237
4.	<b>Levantamento</b> : utilizado para conhecer a organização e o funcionamento de órgãos e entidades que compõe a administração pública, direta, indireta e fundacional, e outros jurisdicionados, sob os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais.  Serve também para identificar a avaliar, objeto, viabilidade e instrumentos de fiscalização.	Tribunal de Contas da União	Art. 238
5.	<b>Auditoria</b> : utilizado para examinar a legalidade e a legitimidade de atos de gestão de responsáveis, avaliar o desempenho de órgãos e entidades jurisdicionados e subsidiar a apreciação de atos sujeitos a registro	Tribunal de Contas da União e Congresso Nacional	Art. 239
6.	<b>Inspeção</b> : utilizado para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações de fatos e atos administrativos praticados por jurisdicionados	Tribunal de Contas da União e Congresso Nacional	Art. 240
7.	<b>Acompanhamento</b> : utilizado para examinar, ao longo de um período, a legalidade e	Tribunal de Contas da União	Arts. 241 e 242

---

<sup>10</sup> “Representação – prerrogativa de órgãos, entidades ou pessoas legitimadas para apresentarem ao Tribunal irregularidades ou ilegalidades praticadas por administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, em matéria de sua competência, redigida em linguagem clara e objetiva, contendo nome legível, qualificação e endereço do representante, e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade representada (RITCU, Art. 237).” (Portaria-SEGECEX nº 27, de 24 de outubro de 2017).



	legitimidade de atos de gestão e/ou desempenho de responsáveis ou atos administrativos.		
8.	<b>Monitoramento:</b> utilizado para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos	Tribunal de Contas da União	Art. 243

Fonte: elaboração própria

Há, assim, uma gama de instrumentos à disposição do Tribunal. O Regimento dispõe ainda que as fiscalizações serão realizadas com vistas *a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos* (art. 230, RI-TCU). Isto é, os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade passam a figurar expressamente como critérios de avaliação.

Portanto, por se caracterizarem como responsáveis nos termos dos art. 70, parágrafo único da Constituição Federal, art. 5º da Lei 8.443/92 e art. 5º do Regimento Interno do TCU, as agências reguladoras estão sujeitas à jurisdição do Tribunal, sujeitas aos poderes de fiscalização (art. 1º, II), apuração de responsabilidades (art. 1º, VIII) e aplicação de penalidades (art. 1º, IX) nos termos da Lei 8.443/92, por meio dos instrumentos de fiscalização previstos no Regimento Interno (solicitação, denúncia, representação, levantamento, auditoria, inspeção, acompanhamento e monitoramento).

Considerando a possibilidade de controle externo sobre as agências, cabe apresentar essas autarquias, selecionadas para compreender suas atribuições e natureza institucional e funcional.

## **2.2. Agências reguladoras federais de transportes (ANTAQ, ANTT e ANAC): atribuições e natureza institucional e funcional**

Em um passado recente, no caso das rodovias, Bemerguy (2008) explica que usualmente a prestação do serviço tradicionalmente era estatal, a contrapartida pelo uso não era requerida, a relação público-privado ocorria em regime de empreitada, e a atuação governamental era voltada à gestão contratual de obras rodoviárias.

Em relação aos portos, a exploração de infraestrutura portuária usualmente foi administrada e exercida por entes estatais, com protagonismo para Empresa de Portos

do Brasil S.A., conhecida como Portobrás, *responsável pela construção, administração e exploração dos portos e das vias navegáveis interiores, exercendo a supervisão, orientação, coordenação, controle e fiscalização sobre tais atividades* (art. 3º, da Lei 6.222/1975), isto é, *braço executivo* da União na exploração portuária (GALVÃO, 2005).

Sem uma estratégia para desenvolvimento de seus portos, as características do setor, até o advento da Lei de Modernização dos Portos, possuem três destaque: *forte centralização de decisões, escassez de recursos vinculados para investimento e necessidade de otimizar os recursos existentes*. (GALVÃO, 2009)

Os precedentes da aviação civil eram marcados por *estímulo à concentração de empresas, controle de entrada e definição de linhas e controle tarifário estrito*. Houve intervenção estatal com a criação dos Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional (Sitar), através do Decreto 76.590/1975, responsável por dividir *o território em cinco áreas, cada qual atendida por uma empresa, em regime de monopólio* (GUIMARÃES e SALGADO, 2003).

Esses cenários começaram a ser alterados em meados dos anos 90, quando o Brasil intensificou o Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei 8.031 de 12 de abril de 1990, que objetivou a transferência de atividades econômicas e serviços públicos para o setor privado, o que demandou a construção de um *aparato institucional e normativo* (BERMEGUY, 2008). É nesse cenário preponderantemente público que inicia a transição para um modelo de setores regulados.

O setor rodoviário passa por essa transição sem romper com herança institucional do modelo centralizado na atuação estatal na prestação do serviço. Por isso, ainda enfrenta desafios advindos da mudança da forma de financiamento e do modelo de gestão de rodovias, que passa a tratar de contratos de longo prazo com particulares. O novo modelo é voltado a delinear uma política tarifária que remunere o capital investido pelo particular, que assume as operações, ao mesmo tempo que assegure modicidade (BERMEGUY, 2008).

O setor portuário inicia seu processo de reforma e modernização com destaque para a extinção da Portobrás em 1990 e a edição da Lei de Modernização dos Portos em 1993 (Lei 8.630/1993). O novo modelo é marcado pela descentralização de competências para as companhias docas locais, a transferência da exploração de

terminais para a iniciativa privada, o fomento à concorrência intra e inter portos, organização das operações portuárias a cargo dos operadores e criação do Órgão Gestor de Mão de Obras (OGMO) (GALVÃO, 2009).

A aviação civil foi marcada por um *cuidadoso processo de liberalização do mercado doméstico*. Se antes vigia o estímulo a concentração de empresas, controle de entrada e definição de linhas, e controle tarifário, aos poucos foram feitas alterações regulatórias para promover a autorização de criação de novas empresas, fomento à competição e controle da concentração de mercado, extinção das demarcações regionais e liberalização tarifária (GUIMARÃES e SALGADO, 2003).

Nesse contexto de transição, são criadas as Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) pela Lei nº 10.233/2001, e, posteriormente, a Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC) pela Lei nº 11.182/2005, entidades da administração federal indireta submetidas ao regime autárquico especial.

A ANTAQ e a ANTT surgem com objetivos de (i.) implementar políticas públicas, nos termos dos art. 21 da Constituição Federal<sup>11</sup>, nas áreas de transportes terrestres e aquaviários (art. 20, inc I), (ii.) regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e exploração de infraestrutura de transportes com vistas a garantir padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade pontualidade e modicidade (art. 20. inc II, a), e (iii.) harmonizar interesses e impedir situações de competição imperfeita ou infração à ordem econômica (art. 20. inc II, b).

A ANAC surge com os objetivos de implementar as orientações, diretrizes e políticas de aviação civil estabelecidas pelo governo federal na área de aviação civil, especialmente em relação a (i.) a representação do Estado em tratados , convenções e outros instrumentos que tratem de transportes aéreo internacional (art. 3º, inc. I), (ii.) estabelecimento do modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária (art. 3º, II),

---

<sup>11</sup> “Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;”

(iii.) regulação e fiscalização de outorgas, operações e serviços aéreos (art. 3º, II c/c art. 8º, incs, VII, X, XII e XIII).

No que se refere a esfera de atuação, em termos gerais, essas agências possuem um conjunto de atribuições que merece destaque: (i.) realizar estudos sobre demanda, logística, tarifas, preços e fretes, (ii.) elaborar e editar regulamentos e normas sobre a exploração de infraestrutura e prestação de serviços, (iii.) elaborar atos de outorga e extinguir de direito de exploração de infraestrutura e prestação de serviços, (iv.) fiscalizar e fazer cumprir cláusulas contratuais.

Nesse quadro, existe clara possibilidade de superposição de controles. Ao enfrentar essa questão, Menezes (2015) explica que tais atribuições não se sobrepõem ao papel do Tribunal de Contas da União, que dispõe de mandato para avaliar a atuação do ente regulador em termos de legalidade, economicidade e eficiência, em reforço à credibilidade regulatória, por considerar que o TCU fortalece o mecanismo de *check and balances*, dentro do desenho institucional brasileiro, que permite controle mútuos a fim de evitar concentração de poder.

No caso, a criação de instituições concorrentes no exercício de controle setorial não significa que o Tribunal de Contas da União possa substituir a agência no exercício das atribuições propriamente deferidas a esse agente. Ao se tratar dos poderes e limites de ação dados ao Tribunal sobre atividades finalísticas e atos de gestão, o que se espera é a realização de *controle de segunda ordem*.

Tal expressão se refere a (i.) controle para verificação de compatibilidade da atuação do regulador com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal (Acórdão 1407/2016-Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo), (ii.) controle indireto do setor, voltado à atuação do órgão regulador que configure irregularidade afeta a matéria de competência do Tribunal (Acórdão 632/2007-Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes), (iii.) atuação complementar à atuação da agência, com preservação das competências dessa entidade (Acórdão 2314/2014-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler), (iv.) controle vocacionado para exarar determinações apenas quando for constatada a prática de atos ilegais (Acórdão 620/2008-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler), (v.) controle que não se presta a avaliar, em casos concretos específicos, a correção das normas editadas por entidades regulatória (Acórdão 2071/2015-Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo), (vi.) controle cujos limites se

estabelecem na esfera de discricionariiedade conferida ao agente regulador (Acórdão 2138/2007-Plenário, Relator Ministros Benjamin Zymler), (vii.) controle que deve respeitar a discricionariiedade das agências quanto à escolha da estratégia e das metodologias para alcance dos objetivos delineados, sendo passível de medidas corretivas determinadas pelo Tribunal quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, economicidade e modicidade tarifária na prestação de serviços públicos (Acórdão 1166/2019-Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes).

Por essas razões, conclui-se que o controle de segunda ordem não pode configurar usurpação de competência ou a conformação de um modelo de controlador-administrador. Cabe às agências estipular os aspectos técnicos e equilíbrios econômicos do setor no exercício de suas competências delegadas, enquanto ao Tribunal é atribuído o papel de verificação da conformidade legal e atendimento aos princípios que regem a atuação da Administração Pública. A compreensão dessa interação será aprofundada no tópico que se segue, ao se tratar da nova conformação estatal que tem se voltado ao diálogo entre agentes internos e externos.

### **2.3. A Administração Pública dialógica: pontos de cooperação e limites de intervenção**

O direito administrativo vem superando antigos conceitos e premissas na busca por se adaptar à atual noção de Estado, afastando-se de um *perfil autoritário de atuação estatal* para se aproximar de um *perfil garantista*, voltado a compatibilizar prerrogativas públicas com a ordem constitucional atualmente vigente, que traz uma série de direitos e garantias. Como bem destaca Rafael Maffini (p. 160),

Não é árdua a tarefa de se depreender uma forte carga autoritária da noção vetusta de legalidade (ou legalismo) administrativa, da supremacia irrestrita do interesse público sobre o privado, da insindicabilidade judicial das decisões administrativas discricionárias, da unilateralidade/imperatividade. Tais institutos por muito tempo foram — e infelizmente para alguns ainda são — dogmas intransponíveis do direito administrativo. Trata-se de uma série de conceitos que senão restaram empregados de modo intencionalmente autoritário por parte de quem os pronunciava, ao menos continham a grave potencialidade de sê-lo.

O direito administrativo voltado ao equilíbrio entre prerrogativas da autoridade e direitos individuais tem substituído a noção de supremacia irrestrita do interesse

público, em uma nova leitura que tem elevado o papel do cidadão, principalmente, em termos de importância nas relações jurídico-administrativas e de formação de regramentos. O cidadão deixa de ser simples destinatário e passa a ter abertura para construir as decisões juntamente com o Estado.

No que se refere à regulação setorial, essa abertura para diálogo vem sendo efetivada não só por meio de garantias fundamentais (tais como devido processo legal, contraditório e ampla defesa) e instrumentos de participação social (a exemplo, consultas e audiências públicas), como também a partir de instrumentos de cooperação e interlocução entre entes e órgãos da própria administração. Em reforço, as boas práticas regulatórias têm conferido devido protagonismo à elaboração de estudos e análise técnicas (cite-se a cada vez mais importante análise de impacto regulatório). Esse conjunto, de modo geral, forma a base para a legitimidade da atuação estatal.

Esse alinhamento entre agentes externos e internos aqui será denominado por “administração pública dialógica”, que traz a ideia de efetivo diálogo entre diversas esferas envolvidas na atuação estatal, com destaque para aqueles que serão atingidos por essa atuação.

Essa noção de administração pública voltada ao diálogo pode ser proposta com foco na proteção de confiança nas relações jurídico-administrativas, em atenção às garantias de contraditório e ampla defesa dos destinatários da função administrativa, que não podem ser surpreendidos com a imposição de atos prejudiciais sem ciência e participação prévia, condições formais necessária para a imposição de gravame pelo Poder Público na esfera de direitos de cidadãos. Nessa linha, cite-se a Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal, a qual enuncia que

nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O foco aqui será dado para o diálogo nas relações entre agências reguladoras federais e o Tribunal de Contas da União. Trata-se de aproximação que pode ser vista como decorrência desse *novo perfil dialógico* entre agentes internos que almeja coerência, conjunção de expertises, aprimoramento no processo de tomada de decisões, e redução de litigância.

Eduardo Jordão (2019) traz uma *visão mais cética*, por considerar que essa aproximação pode ser explicada por outros fatores: *em relação às causas, a aproximação pode ser indicativa não de uma administração dialógica, mas amedrontada ou encurralada pelos controladores. Ouvi-los pode ser impositivo, como forma de preservação.*

O autor alerta sobre o risco de *transferência de competências administrativas do gestor público para o controlador.*, o que pode ser *acentuado quando o controlador detiver poder de sanção*. Isso pode levar a um *desenho institucional de controladores-administradores*.

Para que exista um diálogo desvinculado de qualquer ameaça, o autor faz a sugestão de retirada do poder de sanção do controlador para que atue *ao lado do administrador*. Se mantido o poder de sanção, propõe a abstenção de interferência do controlador no processo de formação e tomada de decisão pelo gestor público.

Por outro lado, na atual fase de amadurecimento da regulação (terceira onda), a construção de um ambiente estável não parece ser suficientemente assegurada com base em decisões técnicas isoladas, mostra-se necessário que essas decisões sejam passíveis de contestação e tecnicamente justificáveis em ambientes fora da agência, inclusive no âmbito de órgãos de controle.

Esses pontos são trazidos para introduzir uma preocupação necessária: da mesma forma que há diálogo, há limites nessa aproximação, vez que existe o risco de configuração do desenho institucional de controlador-administrador. Inexistir diálogo também não parece a solução, sob pena de configuração do desenho institucional do regulador intocável.

Para evitar tais distorções, serão apresentados: (i.) os pontos de contato entre controlador (TCU) e regulador (agências) a partir da análise do foco de atuação do Tribunal e grau de imperatividade de decisões do Tribunal, e (ii.) os limites de intervenção com foco em pontos legitimadores da intervenção das agências: disposições da LINDB (Lei de introdução às normas do direito brasileiro), participação social e elaboração de Análise de Impacto Regulatório, pontos que podem fundamentar uma deferência/contenção do controlador em relação à agência.

### 3. Controle e independência - atuação do TCU sobre a regulação setorial

Considerando a análise empírica da atuação do TCU a ser apresentada, o objetivo do capítulo é defender (*i.*) o diálogo entre TCU e agência na construção de um ambiente regulatório estável e atrativo, reforçado pelo advento da Lei das Agências Reguladoras, (*ii.*) o controle exercido pelo TCU sobre as agências como reforço à legitimidade das escolhas regulatórias, e (*iii.*) os limites ao exercício do controle externo, de forma não exaustiva, que podem evitar a usurpação de competências

#### 3.1. Análise empírica da atuação do TCU

Inicialmente, o capítulo se dedica à análise empírica da atuação do Tribunal de Contas da União nos setores de transportes terrestres, aquaviários e aéreo, com vistas a obter um *retrato* das atuações e decisões do tribunal nos últimos cinco anos.

Para verificar a hipótese e os argumentos até então apresentados, o eixo metodológico a ser utilizado é a análise de conteúdo de acórdãos do TCU, pronunciamento que contém os posicionamentos e os encaminhamentos dados pelo Tribunal às matérias discutidas nos autos.

Para tanto, houve a categorização dos objetos e medições (principais parâmetros de avaliação direcionados às agências em acórdãos) a partir da qual é possível fazer inferências sobre o controle externo realizado nos setores selecionados.

Foram escolhidas três agências reguladoras federais na área de infraestrutura: Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários e Agência Nacional de Aviação Civil. A escolha pelos setores regulados por esses agentes leva em consideração o robusto portfólio<sup>12</sup> de projetos das áreas de

---

<sup>12</sup> “No setor aéreo, estão previstas mais de 40 concessões de aeroportos, sendo que 22 estão em estudos, vão compor a 6ª rodada e já estão qualificadas pelo PPI (Programa de Parcerias de Investimentos). Já no setor aquaviário, serão realizados leilões de dois terminais portuários em Santos (STS 13 A e STS 20) e um em Paranaguá (PAR 1), no próximo dia 13/08. Além disso, também estão previstos arrendamentos de oito terminais portuários (Itaqui, Santos, Suape e Paranaguá) e duas desestatizações (São Sebastião e CODESA) na carteira do PPI. No setor rodoviário, o portfólio de projetos também é robusto. O ministério já qualificou mais de 16 mil km de rodovias na carteira do PPI, sendo que as BR-381/262/MG/ES, BR-163/230/MT/PA e BR-153/080/414/GO/TO estão em processo adiantado e terão audiências públicas abertas ainda em julho. Para o setor ferroviário, além das prorrogações de diversas concessões, como a Rumo Malha Paulista, a EFC, a EFVM e a MRS, também estão previstas as concessões de 933 km da Ferrogrão, além de trecho de 537 km da Fiol (Ferrovia de Integração Oeste-Leste) e de 383 km da Fico (Ferrovia de Integração do Centro-Oeste).” Disponível em <



transportes terrestres aéreos e aquaviários a serem transferidos para a iniciativa privada nos próximos anos, o que indica que haverá interações entre regulador e órgãos de controle que demandarão cada vez mais maturidade institucional.

A análise de conteúdo está centrada na análise de acórdãos proferidos em processos autuados entre 2014 e 2019, que contém como unidades jurisdicionadas as agências selecionadas. Esses processos mapeados foram categorizados por temas segundo a ótica do Tribunal em relação às agências:

- (i.) Apuração de responsabilidades
- (ii.) Fiscalização de obras e contratos
- (iii.) Controle sobre regulação setorial
- (iv.) Legalidade de ato
- (v.) Processo de autorização<sup>13</sup>
- (vi.) Processo de licitação<sup>14</sup>
- (vii.) Tarifas
- (viii.) Sigiloso

Foram excluídos processos que tratam de atos de admissão, aposentadorias, solicitações de cópias e prestações de contas, haja vista ser de interesse do trabalho mapear as análises de atividades fins de agências reguladoras.

Dentre os processos levantados, aqueles já apreciados por meio de acórdãos foram categorizados por medições, que indicam os parâmetros de avaliação utilizados pelo Tribunal em relação às agências, a partir da leitura de ementas e dispositivos do acórdão. Quando insuficiente, foi realizada a leitura parcial do documento na busca de trechos ou parágrafos que permitissem a identificação dos critérios de avaliação utilizados pelo Tribunal.

---

<http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/8892-confira-a-carteira-de-projetos-do-minist%C3%A9rio-da-infraestrutura-at%C3%A9-2022.html> >

<sup>13</sup> Conceito utilizado em referência ao processo de outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão (Lei nº 12.815/2013)

<sup>14</sup> Conceito utilizado em referência a diversas espécies de outorga para a promoção da prestação, gestão e exploração de serviços e bens públicos ou de titularidade de entes estatais

A leitura de acórdãos buscou ainda responder a cinco perguntas:

- (i.) Há recomendações para Agência/gestor-regulador?
- (ii.) Há determinações para Agência/gestor-regulador?
- (iii.) Há penalidade para Agência/gestor-regulador?
- (iv.) Há menção ou considerações sobre audiência/consulta pública?
- (v.) Há menção ou considerações sobre AIR?

Essas perguntas buscaram identificar o grau de imperatividade e interferência do Tribunal de Contas da União nos processos em que figuram agências reguladoras, bem como a existência de mecanismos legitimadores da ação reguladora (audiências e consultas públicas, e análise de impacto regulatório).

A partir do levantamento e seleção de processos de interesse, totalizando 206, foi possível extrair algumas observações.

Inicialmente, quanto ao tipo de ações levadas a cabo pelo TCU, com exceção da ANAC, a ANTT e a ANTAQ apresentaram como tipo mais expressivo as representações, isto é, ação que se encontra dentro da *prerrogativa de órgãos, entidades ou pessoas legitimadas para apresentarem ao Tribunal irregularidades ou ilegalidades praticadas por administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, em matéria de sua competência*, nos termos da Portaria-SEGECEX nº 27, de 24 de outubro de 2017.

A ANAC apresentou como tipo mais expressivo o acompanhamento, conceituado como processo utilizado para *examinar, ao longo de um período, a legalidade e legitimidade de atos de gestão e/ou desempenho de responsáveis ou atos administrativos*, conforme arts. 241 e 242, do Regimento Interno do TCU.

Tabela 5 – Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por tipo de processo em tramitação no TCU

	ANTAQ	ANTT	ANAC
Tipo de processo	Contagem	Contagem	Contagem
Acompanhamento	5	14	8
Auditoria	8	19	3
Denúncia	15	1	0
Desestatização	9	6	5
Inspeção	0	3	0

Levantamento	2	4	0
Monitoramento	10	10	3
Representação	16	48	3
Solicitação	0	11	3
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>116</b>	<b>25</b>
<b>Total Geral</b>			<b>206</b>

Fonte: elaboração própria

No que se refere às autuações de representações em que figura a ANTT, houve uma diversidade de agentes como atores da iniciativa de fiscalização, das mais diversas esferas: pessoa física (3), empresa (5), Ministério Público Federal e estadual (4) e Ministério Público junto ao TCU (4), Sindicatos e Associações (1), Congresso Nacional e Assembleias legislativas (7), anônimo (2), juiz federal (1), Ordem dos Advogados do Brasil (1), TCU (8) e informação indisponível (12). Isso demonstra diversidade de agentes interessados e participação social nas iniciativas de controle externo. As auditorias, que figuram em segundo lugar, foram em sua maioria autuadas por iniciativa do próprio Tribunal (17).

Em relação à ANTAQ, as representações foram iniciadas majoritariamente por empresas (7), seguidas pelo TCU (4), Receita Federal (1) e Congresso Nacional (1). Em três processos essa informação não está disponível. As denúncias figuram em segundo lugar no ranking, cujas iniciativas são mantidas em sigilo pelo Tribunal.

Em relação à ANAC, as autuações dos acompanhamentos, tipo de autuação mais expressiva, foram iniciadas pelo TCU.

Desconsiderando o tipo de processo, as iniciativas de fiscalização em sua maioria são protagonizadas pelo próprio Tribunal.

Tabela 6 – Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por iniciativa de processo em tramitação no TCU

	<b>ANTAQ</b>	<b>ANTT</b>	<b>ANAC</b>
<b>Ator da iniciativa de fiscalização</b>	<b>Contagem</b>	<b>Contagem</b>	<b>Contagem</b>
Anônimo	16	2	0
Assembleia Legislativa ou deputado estadual	0	2	0
Congresso Nacional	1	15	4
Empresa	7	5	0
Estado	0	0	1

Informação indisponível	5	23	3
Receita Federal	1	0	0
Juiz Federal	0	1	0
Ministério Público Federal ou Estadual	0	4	0
Ministério Público junto ao TCU	0	4	0
Ordem dos Advogados do Brasil	0	1	0
Pessoa física	0	3	0
Sindicatos e Associações	0	1	0
TCU	35	55	17
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>116</b>	<b>25</b>

Fonte: elaboração própria

Quanto aos temas de interesse do Tribunal de Contas da União nas fiscalizações dessas agências, há focos distintos. A ANTAQ é majoritariamente acompanhada em processos de licitação (21), apreciados em processos do tipo representações e desestatizações, e avaliada por sua regulação (15) em termos de legalidade, economicidade, legitimidade, eficiência, eficácia e efetividade, no âmbito de auditorias, monitoramentos, acompanhamentos e denúncias.

A ANTT, a seu turno, é preponderantemente acompanhada em sua atuação na fiscalização de obras e contratos (37), seguida pela avaliação de sua regulação nos mesmos termos já citados, ambos os temas são discutidos em auditorias e representações.

A ANAC apresentou como temas mais recorrentes o controle sobre a regulação setorial (11), através de acompanhamentos, auditorias, solicitações e monitoramentos. Em seguida, há a avaliação de seus processos de licitação (10).

Esses pontos demonstram uma preocupação do Tribunal em acompanhar não só a transferência de exploração de infraestrutura e prestação de serviços ao particular, como também um foco na avaliação da atuação das agências.

Tabela 7 – Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por tema de processo em tramitação no TCU

	ANTAQ	ANTT	ANAC
<b>Temas</b>	<b>Contagem</b>	<b>Contagem</b>	<b>Contagem</b>
Apuração de responsabilidades	1	3	0
Controle sobre regulação setorial	15	36	11

Fiscalização de obras e contratos	7	37	2
Informação indisponível	0	3	0
Legalidade de ato	6	2	1
Processo de licitação	21	18	10
Processo de autorização	2	0	0
Sigiloso	12	3	1
Tarifas	1	14	0
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>116</b>	<b>25</b>

Fonte: elaboração própria

Os processos apreciados totalizaram 130. Esses casos foram categorizados em medições que traduzem os critérios que pautaram a avaliação do Tribunal em relação às agências. Preponderaram avaliações de transparência e regularidade de critérios em procedimentos implementados pelas agências. A análise de regularidade procedimental é seguida pela análise de desempenho das agências: esses são os principais enfoques utilizados pelo Tribunal nos últimos cinco anos.

Tabela 8 – Contagem ANTAQ, ANTT e ANAC por medições de processo em tramitação no TCU

	<b>ANTAQ</b>	<b>ANTT</b>	<b>ANAC</b>
<b>Medições</b>	<b>Contagem</b>	<b>Contagem</b>	<b>Contagem</b>
Análise de atuação, eficiência e resultados	12	24	8
Controle de legalidade	4	2	0
Cumprimento de obrigações contratuais	1	8	0
Informação indisponível	6	2	1
Transparência e regularidade de critérios e procedimentos	22	31	9
<b>Total</b>	<b>45</b>	<b>67</b>	<b>18</b>

Fonte: elaboração própria

Em termos de imperatividade das deliberações do Tribunal direcionadas às agências, houve a preponderância de determinações ou recomendações à ANTAQ. Dos 41 processos apreciados em acórdãos públicos, 22 apresentaram determinações ou recomendações direcionadas à agência e 19 não apresentaram. Em relação à ANTT e à ANAC, em sua maioria, os acórdãos não apresentaram recomendações, determinações ou penalidades à agência reguladoras e seus gestores. Esses pontos podem ser

interpretados como caracterizadores de um controle corretivo (com e sem imperatividade) em sobreposição a um caráter penalizador.

Tabela 9 – Contagem ANTAQ por grau de imperatividade de processo em tramitação no TCU

<b>ANTAQ</b>		
<b>Resposta</b>	<b>Há recomendações ou determinações para Agência/gestor-regulador?</b>	<b>Há penalidade para Agência/gestor-regulador?</b>
Informação indisponível	4	4
Não	19	40
Sim	22	1
<b>Total Geral</b>	<b>45</b>	<b>45</b>

Fonte: elaboração própria

Tabela 10 – Contagem ANTT por grau de imperatividade de processo em tramitação no TCU

<b>ANTT</b>		
<b>Resposta</b>	<b>Há recomendações ou determinações para Agência/gestor-regulador?</b>	<b>Há penalidade para Agência/gestor-regulador?</b>
Informação indisponível	2	2
Não	40	63
Sim	25	2
<b>Total</b>	<b>67</b>	<b>67</b>

Fonte: elaboração própria

Tabela 11 – Contagem ANAC por grau de imperatividade de processo em tramitação no TCU

<b>ANAC</b>		
<b>Resposta</b>	<b>Há recomendações ou determinações para Agência/gestor-regulador?</b>	<b>Há penalidade para Agência/gestor-regulador?</b>
Informação indisponível	1	1
Não	10	17
Sim	7	0
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>18</b>

Fonte: elaboração própria

Por fim, foram elencados dois instrumentos legitimadores que reforçam a adequação de medidas tomadas pelas agências reguladoras: audiências e consultas públicas e análise de impacto regulatório.

Quanto às menções a audiências e a consultas públicas em acórdãos direcionados à ANTAQ, houve referência a esses instrumentos em 21 processos dos 41 apreciados e públicos. As menções à análise de impacto regulatório ocorreram em tão somente 4 processos.

Ao se tratar de audiências e consultas públicas, esses mecanismos foram tratados como forma de (i.) garantir participação social na proposição de melhorias, (ii.) mitigar assimetria de informação entre regulador e regulado, e (iii.) validar o procedimento. Em relação às AIRs, foram referenciadas como forma de atestar modicidade tarifária.

Tabela 12 – Contagem ANTAQ por referências a audiências/consultas públicas ou AIR em processo em tramitação no TCU

ANTAQ		
Resposta	Há menção à audiência/consulta pública?	Há menção à AIR?
Informação indisponível	4	4
Não	20	37
Sim	21	4
<b>Total Geral</b>	<b>45</b>	<b>45</b>

Fonte: elaboração própria

Em deliberações endereçadas à ANTT, a maioria não menciona audiências e consultas públicas ou AIRs. Quando o fazem, tratam as audiências e consultas como forma de (i.) promover transparência e motivação dos atos administrativos, (ii.) fornecer insumos para verificar a análise e a internalização de resultados pela agência, (iii.) assegurar o direito à manifestação, (iv.) garantir acompanhamento popular e participação social, (v.) validar o procedimento por ser fase obrigatória de elaboração de atos e planejamento de concessões. A análise de impacto regulatório foi tratada como

fase necessária para elaboração de resolução e como forma de efetivar o princípio da motivação.

Tabela 13 – Contagem ANTT por referências a audiências/consultas públicas ou AIR em processo em tramitação no TCU

Resposta	ANTT	
	Há menção à audiência/consulta pública?	Há menção à AIR?
Informação indisponível	2	2
Não	43	63
Sim	22	2
<b>Total Geral</b>	<b>67</b>	<b>67</b>

Fonte: elaboração própria

Quanto às deliberações da ANAC, a maioria faz considerações sobre audiências e consultas públicas, referenciando esses instrumentos como forma de (i.) garantir à sociedade o direito de conhecer e discutir o mérito das escolhas regulatórias e políticas públicas, (ii.) aprimorar governança e *accountability* do processo decisório da agência, (iii.) promover o debate de elementos técnicos e financeiros da modelagem do processo de concessão, (iv.) aperfeiçoar as soluções regulatórias, não se tratando de mero requisito formal, (v.) cumprir etapa obrigatória em processos de grande relevância social e econômica, e (vi.) implementar boa prática obrigatória em processos de desestatização. As menções às AIRs tiveram como foco a validade e a consistência dos estudos.

Tabela 14 – Contagem ANAC por referências a audiências/consultas públicas ou AIR em processo em tramitação no TCU

Resposta	ANAC	
	Há menção à audiência/consulta pública?	Há menção à AIR?
Informação indisponível	1	1
Não	5	15
Sim	12	2



Fonte: elaboração própria

Em síntese, o retrato dos últimos cinco anos do Tribunal demonstra o elevado número de representações, com uma diversidade de agentes provocando iniciativas de fiscalização. Desconsiderando o tipo de processo, as iniciativas de fiscalização em sua maioria são protagonizadas pelo próprio Tribunal. A análise de regularidade procedimental é seguida pela análise de desempenho das agências: esses são os principais enfoques utilizados pelo Tribunal nesse período. Quanto à imperatividade dos acórdãos, os dados permitem inferir que há um controle corretivo (com e sem imperatividade) em sobreposição a um caráter penalizador. No que se refere à AIR e às audiências e consultas públicas, o TCU reconhece o caráter legitimador desses instrumentos.

### 3.2. Pontos de cooperação entre Agência e TCU

Desde sua criação em 1890 até a Constituição de 1967, o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União aproximava-se da própria função de administrar a atuação financeira estatal (*controle quase administrativo*), com preponderância do sistema de registro prévio, incluindo questões orçamentárias, contábeis e patrimoniais.

*Nesse sistema, a realização de atividades financeiras estatais dependia tanto da decisão dos entes administrativos propriamente ditos como também da atuação dos órgãos de controle, levando ao compartilhamento da função administrativa-financeira entre gestor e órgão de controle. Com a expansão da administração pública, esse sistema se tornou inviável e foi substituído parcialmente por um sistema de fiscalização a posteriori* (SUNDFELD, CÂMARA, 2013, p. 115).

A mudança do sistema de registro prévio para a fiscalização posterior não era uma modificação secundária. Ela alteraria profundamente o caráter da fiscalização, que até então era quase-administrativa. Os argumentos contra a sistemática do controle prévio eram de ordem prática. Com o crescimento da administração pública e a multiplicação das repartições, o Tribunal se veria forçado a se organizar internamente espelhando a estrutura da administração pública, caso quisesse registrar as despesas de cada repartição previamente. O processo de registro, de um lado, emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao Tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade

dos atos, como previsto. A filosofia do controle total sobre todos os atos e a sistemática do embargo prévio a despesas consideradas irregulares foram abandonadas. (SPECH, 2000, p. 68-69)

Esse modelo de controle *a posteriori* foi mantido pela Constituição de 1988, existindo ao seu lado as possibilidades de concomitante e restritas hipóteses de controle prévio (atos sujeitos a registro por exemplo).

Ocorre que as reformas regulatórias levaram a mudanças no papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União. Para além da legalidade estrita, a legitimidade emerge como protagonista para atender às atuais necessidades do controle da gestão de recursos públicos. Grosso modo, essa combinação se apresenta como forma de evitar que a discricionariedade se torne arbitrariedade. No entanto, a atuação de entes reguladores, em grande parte, não depende de prévia anuência do controlador.

No atual modelo, o controle se efetiva por intermédio do julgamento das contas públicas (art. 71, II, da CF) ou, antes mesmo desse julgamento, da análise de despesas específicas através de inspeções ou auditorias (art. 71, IV, da CF). A constatação de irregularidades pode ensejar a aplicação de sanções aos responsáveis (art. 71, VIII, da CF) ou, ainda, se a situação de fato o permitir, a abertura de prazo para adoção de medidas corretivas (art. 71, IX, da CF). No entanto, essas prerrogativas não se confundem com as que existiam no regime jurídico anterior (vigente até a Constituição de 1967), no qual existia uma espécie de gestão compartilhada entre administrador e controlador. O Tribunal dialoga com gestores, advertindo-os a respeito de irregularidades:

O Tribunal fiscaliza e adverte os gestores, dialoga com eles e, se entender devido, os pune com sanções fortes. Isso, por óbvio, tem um impacto sobre as decisões destes sujeitos — que, muito racionalmente, buscam evitar as sanções pessoais — e, por essa via indireta, tem efeito sobre o funcionamento da máquina pública. Mas, em geral, a pressão dos entendimentos do Tribunal sobre o curso da ação administrativa é apenas indireta, não imediata. O Tribunal não tem poder constitutivo ou destrutivo: não anula contratos e não toma decisões substitutivas dos atos da administração. Ele age sobre os sujeitos, não diretamente sobre a função administrativa, salvo exceções bem específicas. (SUNDFELD, CÂMARA, 2013, p. 117-118).

Essa formulação buscou equilíbrio entre a existência de necessária fiscalização externa e a autonomia administrativa. A retirada do controlador do *regime de condomínio* da atuação administrativa garante a existência de um *outro olhar* não enviesado e verdadeiramente externo, que avalia critérios de legalidade, legitimidade e

economicidade de uma atuação administrativa autônoma, sem permitir que controladores sem coloquem no lugar dos gestores (SUNDFELD, CÂMARA, 2013, p. 117-119).

Essas alterações tornam ainda mais evidente o papel do Tribunal de Contas da União como forma de *accountability*.

O controle e *accountability* tornam-se conceitos ainda mais importante. Aplicados à burocracia e às opções regulatórias de agências reguladoras, eles possuem parâmetros balizadores da atuação estatal, os quais conferem certa legitimidade e regularidade às decisões de controle, principalmente quando da análise de desempenho, em um contexto onde é impossível de eliminar desvios e imprevisibilidades de resultados de opções regulatórias, por mais robustos e adequados sejam os estudos e os procedimentos.

Interessa aqui tratar de duas formas de *accountability*, assim definidas por O'Donnell (1997): *accountability* vertical e *accountability* horizontal.

A primeira considera ações individuais ou coletivas em referência a agentes que integram instituições estatais, tais como eleições, reivindicações sociais sem risco de coerção e cobertura da mídia em temas de maior visibilidade, os quais possuem menor ou maior impacto e podem sofrer desvios<sup>15</sup>. Para o trabalho, essa relação emerge da interação entre agência e usuários, mídia e outros que não possuam poder impositivo ou coercitivo sobre a agência.

A segunda traz as burocracias estatais como sede de discussões para questões de *accountability*, isto é, instituições supervisoras as quais mobilizam essas estruturas quando estão em jogo ações de outros agentes estatais. Nas palavras do autor, trata-se da

existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado

---

<sup>15</sup> Ao tratar dos efeitos da insatisfação popular, explica que “(...) algumas autoridades corruptas são, então, poupadas de punições que teriam provavelmente resultado da intervenção dos tribunais ou agências públicas. Outros, no entanto, que podem ser inocentes de qualquer impropriedade, assim como aqueles contra os quais nada pôde por ser provado, se vêem condenados pela opinião pública, sem o direito a algo parecido com um processo justo para sua defesa” (O'DONNELL, Guilherme. Horizontal accountability and new poliarquies. Tradução por Clarice Cohn e Alvaro Augusto Comin. Lua nova nº 44, p. 30, 1998)

que possam ser qualificadas como delituosas (O'DONNELL, 1998, p. 40)

O autor expõe que *accountability* horizontal possui como premissa básica a *prevenção* para evitar desvios, e se necessário a *punição* em casos de *transgressão dos limites de sua autoridade*. Uma das formas de adquirir *accountability* é garantir *agências que desempenham um papel essencialmente preventivo, tais como os Tribunais de Contas (...), fossem altamente profissionalizadas, dotadas de recursos tanto suficientes quanto independentes (...) e o mais isoladas que seja possível do governo*.

O Tribunal de Contas da União possui, em elevado grau, tais características e pode contribuir para o aperfeiçoamento da regulação no exercício do controle externo. A existência de diálogo entre Corte de Contas e Agência pode evitar desvios, principalmente quando se tem em vista que *a boa regulação buscar resolver problemas e alcançar metas claramente definidas e ser eficaz na consecução desses objetivos* (OCDE, p. 23), o que pode ser alcançado por meio dos diversos mecanismos de controle que estão à disposição do TCU.

Com base nessas premissas, cabe destacar ainda importante avanço trazido pela Lei das Agências. Trata-se da Lei 13.484/2019, que dispõe sobre *gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras*.

No que se refere ao controle externo sobre as agências, a Lei das Agências estipulou que a agência deverá elaborar relatório anual de atividades contendo o cumprimento da política setorial e dos planos estratégico e de gestão anual, o qual deverá ser encaminhado para *o ministro de Estado da pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União e disponibilizado na sede e sítio eletrônico da agência* (art. 14 e 15).

Tais planos possuem os objetivos de aperfeiçoar o acompanhamento das ações da agência, aperfeiçoar as relações de cooperação com o Poder Público, em atenção as políticas públicas que devem ser implementadas, promover melhora de *performance* da agência com foco em resultados e permitir acompanhamento e avaliação de sua gestão (art. 15, § 1º).

Desse modo, o Tribunal terá acesso às metas de desempenho operacional, administrativo e fiscalizador da Agência, estipuladas por meio de seu plano de gestão anual, cujo fim é a promover qualidade na prestação de serviços da agência, fomento à

pesquisa e promoção de cooperação com órgãos de defesa da concorrência, consumidor e meio ambiente (art. 19).

A Lei cuidou de estabelecer diálogo não só dentro do Poder Público, pois impõe que a Agência estipule ainda *um plano de comunicação voltado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor regulado* (art. 16).

No entanto, a representatividade e a organização de cidadão-usuário ou regulado varia dentro da arena regulatória a depender do grupo e, ainda que presentes, podem não ser capazes de estabelecer diálogo com a agência para direcionar a regulação para problemas prioritários, ou ainda evitar excessos e desvios.

Para suprir isso, deve haver diálogo entre TCU e Agência para que se efetive cooperação entre eles, antes de qualquer controle que possa levar a alterações abruptas. Ter conhecimento sobre o plano estratégico e plano de gestão são formas de estabelecer esse diálogo, que se alinha aos demais mecanismos que o Tribunal possui a sua disposição para a realização de diagnósticos, tais como auditorias de qualidade e desempenho.

### **3.3. Limites ao controle externo**

Por outro lado, o próprio controle pode sofrer desvios, tais como: (i.) a *usurpação*, que *consiste na usurpação ilegal por uma agência estatal da autoridade da outra*; e (ii.) a *corrupção*, que *consiste em vantagens ilícitas que uma autoridade pública obtém para si ou para aqueles de alguma forma associados a ela* (O'DONNELL, 1997)

Em parte, a demanda por um alto grau de transparência na tomada de decisão pode servir de auxílio para evitar desvios, porém não é o suficiente. E mais, *os incentivos para perseguir a accountability horizontal são débeis, especialmente se (...) a realização de um nível significativo dessa accountability requeira a coordenação de diversas agências*.

A questão que o autor (1998, p. 51) coloca é a mesma enfrentada por Madison e seus aliados:

(...) como construir poderes que em um espírito liberal e republicano refreiem as tentações usurpadoras de outros poderes e que ainda satisfaçam à demanda democrática de propiciar governos que não se esqueçam de que são devedores frente àqueles que são a fonte de sua pretensão de governar.

Nesse quadro, interessa, principalmente, a usurpação pelo risco de conformação do modelo *controlador-administrador*.

Este, afinal, é o grande desafio de qualquer sistema de controle público externo — que, para ser externo, não pode substituir o controlado pelo controlador. Se o controlador externo virar administrador em regime de condomínio, quem fará o controle verdadeiramente externo? Um controle externo, autônomo, imparcial, em posição crítica sobre o dia a dia, é algo muito importante. Ele agrega outro olhar, diferente, sobre a ação administrativa. Tendo elevado status e instrumentos razoáveis de pressão, ele pode ter influência real e positiva sobre a ação administrativa. Mas, se o controlador for se mesclando ao gestor, desaparece o outro olhar, desaparece a posição crítica, e surge no lugar a partilha do poder, a gestão colegiada. (SUNDFELD, CÂMARA, 2013, p. 119)

O modelo constitucional buscou criar um controle verdadeiramente externo, restringindo o controle prévio (controle quase-administrativo), dotado de eficácia e certa influência sobre a atuação administrativa, realçada pelo poder sancionador. O arranjo buscou garantir influência e impedir substituição. Existe, por certo, atuação *preventiva*, que não se confunde com o papel *interventivo e centralizador* do modelo institucional abandonado desde 1967 (SUNDFELD, CÂMARA, 2013, p. 119).

A questão se agrava quando se leva em conta a complexidade das escolhas regulatórias que serão avaliadas: dentre os vários caminhos possíveis, um será escolhido e, ainda que justificado, pode não alcançar os efeitos pretendidos e ser tarjado de ineficaz, ineficiente, antieconômico, entre outros.

As decisões regulatórias estão inseridas em contextos extremamente sensíveis a variações políticas, econômicas e sociais, o que faz com que premissas que lastreiam a tomada de decisões tenham variações, mais ou menos, bruscas e, conseqüentemente, os efeitos esperados podem não se concretizar. É irreal supor que o regulador sempre irá acertar.

Por certo, não mais se justifica uma ação regulatória puramente baseada em procedimentos, principalmente pela possibilidade de uma futura necessidade de justificar tecnicamente a escolha feita.

Há de se ter fundamentação técnica aprofundada e participação social para possibilitar a defesa e fundamentação de escolhas e atuações em outras searas, fora das salas de diretorias das próprias agências.

Com isso em vista, mecanismos/critérios emergem como limitadores do controle: (i.) audiências e consulta públicas (limitador procedimental), (ii.) análise de impacto regulatório (limitador técnico), e (iii.) avaliação de existência de dolo ou erro grosseiro (limitador de responsabilização).

Limitadores no sentido de que devem ser tomados em consideração para reforçar a legitimidade da ação (ou não ação) da agência quando submetida ao controle externo do Tribunal de Contas da União.

A regularidade procedimental, a existência de AIR e a *accountability* vertical, concretizada pela relação entre regulador e usuário, são pontos que conferem certa legitimidade à atuação da agência. O que não impede que instituições de *accountability* horizontal, tais como órgãos de controle externo, não possam reforçar essa legitimidade ou propor aprimoramentos à regulação, com base em critérios de eficácia, eficiência e adequação técnica.

Mecanismos de transparência, fundamentação técnica e prestação de contas podem proporcionar um ambiente regulatório confiável. Daí surgem diversos desafios, dentre os quais destacamos dois: (i.) ao mesmo tempo em que se deve garantir autonomia é preciso controlar a atuação de reguladores, para evitar oportunismo e arbitrariedade, e (ii.) a delegação de poderes aos técnicos da agência impõe que eles sejam capazes de prestar contas e justificar suas escolhas perante os mais diversos agentes: usuários, investidores, órgãos de controle externo e interno, etc.

A ideia de estabelecer tais limites leva em conta que esses pontos são limitadores da própria atuação de gestores públicos. Desse modo, se atuam no estrito cumprimento de suas competências legais, não cabe ao Tribunal de Contas da União exercer controle com imposição de solução diversa ou até mesmo penalização.

Se há fundamentos sólidos para a opção adotada pela agência, uma decisão do Tribunal, por mais técnica e acertada que seja – sem passar por procedimento de participação social ou conter avaliação do nível de uma AIR – não pode se sobrepor à medida estabelecida pela agência, que contou com esses pontos e se mostra mais

legítima, o que não impede que o Tribunal faça diagnósticos e recomendações para aperfeiçoamento da regulação setorial.

### 3.3.1. Análise de impacto regulatório

Com foco nas agências reguladoras, houve a edição de *Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório* (2018) como recomendação de boas práticas voltadas à melhoria da qualidade regulatória. O documento traz conceitos, etapas e padrões mínimos a serem observados na elaboração de AIR.

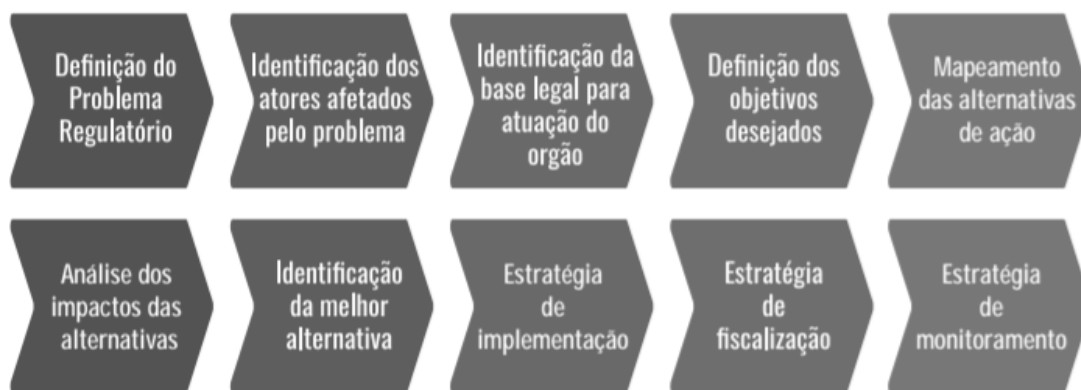
O documento parte do pressuposto que regulação objetiva promover *bem-estar social e econômico* com a ressalva de que, se feita em excesso ou desproporcionalmente, pode sabotar seus próprios objetivos. As exigências por melhorias nas escolhas tornam-se ainda mais urgente quando se reconhecer que *fazer regras é uma atividade aparentemente com baixo custo para quem a executa, mas que tem potencial de gerar alto custo para quem terá que cumprir a regra* (BRASIL, 2018, p. 8).

AIR é o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão; (idem, p. 14)

A AIR tem por objetivo a fazer frente aos riscos de desvirtuamento da regulação, para tanto, esse estudo se propõe a (i.) *orientar e subsidiar o processo de tomada de decisão*, (ii.) *propiciar mais eficiência, coerência e qualidade à regulação*, (iii.) *conferir robustez técnica e previsibilidade às decisões regulatórias*, (iv.) *aumentar a transparência e compreensão sobre o processo regulatório*, e (v.) *contribuir para o aprimoramento contínuo do resultado das ações regulatórias* (idem). Seu processo pode ser assim representado:

**Figura 1** – Processo de Análise de Impacto Regulatório





Fonte: Guia Orientativo para a Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (2018)

A depender da complexidade e da dimensão dos impactos, a AIR pode se apresentar em dois níveis: nível I e nível II (idem, p. 17):

Tabela 15 – Elementos do Relatório de AIR

<b>Elementos do Relatório de AIR</b>	
<b>Nº</b>	<b>Elementos Essenciais – AIR Nível I</b>
1.	sumário executivo objetivo, conciso, utilizando linguagem simples e acessível ao público em geral;
2.	identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, apresentando suas causas e extensão;
3.	identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema regulatório;
4.	identificação da base legal que ampara a ação da Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública no tema tratado;
5.	definição dos objetivos que se pretende alcançar;
6.	descrição das possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação, além de soluções normativas, e, sempre que possível, opções não normativas;
7.	exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas;
8.	comparação das alternativas consideradas, apontando, justificadamente, a alternativa ou a combinação de alternativas que se mostra mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos;
9.	descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, incluindo formas de monitoramento e de fiscalização, bem como a necessidade de alteração ou de revogação de normas em vigor;

10.	considerações referentes às informações, contribuições e manifestações recebidas para a elaboração da AIR em eventuais processos de participação social ou outros processos de recebimento de subsídios de interessados no tema sob análise;
11.	nome completo, cargo ou função e assinatura dos responsáveis pela AIR
<b>Elementos adicionais – AIR Nível II</b>	
12.	mapeamento da experiência internacional no tratamento do problema regulatório sob análise;
13.	mensuração dos possíveis impactos das alternativas de ação identificadas sobre os consumidores ou usuários dos serviços prestados e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; e
14.	abordagem do risco na AIR.

Fonte: elaboração própria

Esse relatório permitirá aos tomadores de decisão: (i.) melhor conhecimento sobre a *real necessidade de ação* por parte da Agência, órgão ou entidade; (ii.) distinguir as *ações possíveis*, com as respectivas vantagens e desvantagens; e (iii.) tomar uma decisão mais bem *fundamentada* e ter *certa previsibilidade dos efeitos*.

Para o público em geral, permitirá: (i.) ter clareza sobre o *problema identificado* e a *necessidade de intervenção* da agência, órgão ou entidade; (ii.) conhecer a *justificativa de escolha* e os *benefícios esperados* da ação recomendada em comparação às demais; e (iii.) entender a *implementação, restrições ou obrigações* da intervenção (idem, p.26).

Essa etapa deve trazer estimativas, quantitativas ou qualitativas, quanto à relação custo-benefício, distorções de mercado, riscos e impactos, que fundamentem a interferência. Ainda que não vinculante, essa ferramenta acaba por atestar a finalidade, proporcionalidade, eficiência e atendimento ao interesse público da norma final, pois exige robusta fundamentação para que seja adotada outra opção.

Considerando que a AIR, se houver, constitui verdadeiro enfrentamento de problemas regulatórios, o TCU, ao realizar fiscalizações de atuação e desempenho de intervenção que contou com tal mecanismo, deve realizar tomar esse estudo em consideração quando da análise da atuação do regulador e ter consciência dos riscos dela advindos.

A qualidade da regulação está em constante construção, o TCU emerge como agente capaz de, ao lado das agências, compor um encontro de expertises e contribuir para melhoria de desempenho, porém, as decisões do Tribunal não contam com a elaboração de AIRs. Assim sendo, a AIR surge como limitadora vez que se insere no processo de aprendizagem e adaptação constante da regulação.

### **3.3.2. Audiência ou consulta pública**

Audiências e consultas públicas são ferramentas que efetivam diálogo entre agências e atores externos, capazes de, a um só tempo, reduzir assimetria de informação e legitimar a tomada de decisão. Trata-se de prática comum em agências reguladoras, usualmente realizada após a tomada da decisão para colher contribuições em relação à minuta já elaborada.

Audiência pública é mecanismo que promove debate entre agência e atores externos sobre temas predefinidos como relevantes para o setor, para obter subsídios e informações sobre o setor através de um debate, isto é, é um encontro entre Agência e sociedade. Consulta pública, por sua vez, é a coleta de sugestões e comentários sobre um tema de interesse da agência, após o qual terá início o processo de regulamentação do tema (MENEZES, 2015, p. 25).

A boa prática regulatória recomendada pelo Guia da Presidência Civil, *recomenda que a consulta e o diálogo com os atores interessados no problema regulatório devem começar o mais cedo possível, ainda nos estágios iniciais da AIR* (BRASIL, 2018, p. 31), com vista a melhorar o nível de qualidade da análise e ampliar o objeto de discussão, sobre várias possibilidades de ação ao invés de contribuições apenas em relação a minuta elaborada unilateralmente pela Agência.

Pode ser realizada (i.) *ao longo de toda a realização da AIR*; (ii.) *em marcos predefinidos da análise*; (iii.) *quando identificadas a necessidade de obtenção de informações adicionais específicas*; (iv.) *ao final da elaboração do AIR, como forma de validar as evidências, os diagnósticos, as premissas e os pressupostos que fundamentam a análise* (p. 32), (v.) após a escolha do modo de intervenção, para colher contribuições sobre esse caminho especificamente.

Por força do art. 68 da Lei nº 10.233/2001 e do art. 27 da Lei nº 11.182/2005, ANTT, ANTAQ e ANAC são obrigadas a realizar audiência pública quando as

iniciativas de projetos de lei, decisões de diretoria ou alterações de normas afetarem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte. Em comparação a outras sete agências, figuram nas seguintes posições em números de audiências entre 1998 e 2017: ANTT (4º lugar), ANAC (6º lugar) e ANTAQ (7º lugar).

Tabela 16 – Quantidade de audiências por agência

<b>Agência</b>	<b>Quantidade de audiências</b>
<b>ANEEL</b>	1.624
<b>ANATEL</b>	1.247
<b>ANVISA</b>	1.225
<b>ANTT</b>	383
<b>ANP</b>	379
<b>ANAC</b>	287
<b>ANTAQ</b>	113

Fonte: Regulação em números. Reprodução parcial.

Em relação aos objetivos dos mecanismos objeto da participação social nesse mesmo período, os diagnósticos da ANTAQ e da ANAC feitos pelo *Regulação em números* indicam que os mecanismos tratavam de “atos e contratos” ou “normas e regulamentos”. Já em relação à ANTT, para além de “atos e contratos” ou “normas e regulamentos”, os objetivos incluíam ainda “produção de conhecimento” e “agenda regulatória”.

Esse quadro demonstra que há crescimento para a participação social em tomada de decisão das agências, além dos casos obrigatórios em lei, considerando os benefícios que esses mecanismos – consulta e audiência pública - trazem ao serem adotados, tais como (i.) conferir legitimidade e transparência à decisão, (ii.) reduzir assimetrias entre regulador e regulado, e (iii.) aprimorar a qualidade das decisões tomadas.

O TCU reconhece os benefícios advindos desses mecanismos de participação. Por isso, se considerados válidos, esses mecanismos devem figurar como legitimadores da ação (ou não ação) da Agência.

Em suma, ainda que detenha alta expertise, o TCU não possui esses mecanismos na fundamentação de suas decisões, ainda que elas *afetem direitos de agentes econômicos ou usuários*. Isso faz com que a análise das escolhas das agências que possuam esse fator procedimental seja revertida de legitimidade superior a possíveis orientações do TCU, por mais técnicas que sejam, o que não impede que sejam feitas recomendações de aperfeiçoamento.

### **3.3.3. Requisitos de responsabilização de gestores: dolo e erro**

O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) estipula *que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a aferição da responsabilidade pessoal do gestor perpassa pelo enquadramento de sua atuação àquela do *administrador médio*. Binenbojm e Cyrino (2018, p.203-224) fazem breves considerações sobre esse modelo que configura um gestor *cauteloso e diligente*. Palma (2018) extrai mais detalhes de perfil dos acórdãos do TCU:

(...) o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com maestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos, que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; Ac. 740/2013). (...) (PALMA, 2018)

Encaixar-se em todos esses parâmetros de atuação é tarefa árdua, ainda mais quando se considera que *administrar* atualmente corresponde a tomar decisões difíceis em meio a lacunas normativas, assimetria de informações, diversidade de atores e complexidade de regular setores, dentre outras que configuram verdadeiros e amplamente conhecidos *obstáculos e dificuldades reais* do gestor, que, nos termos do art. 22 da LINDB, devem ser tomados em consideração na interpretação de normas sobre gestão pública.

Não o suficiente, a análise não mais está focada em controle burocrático e sim finalístico, com avaliação de qualidade (eficiência, efetividade e economicidade), consequências nem sempre controláveis pelo gestor.

Ainda que lastreada em análise de impacto regulatório e submetida à participação social, a decisão não está imune a erros. O *medo de agir* não parece ser o pano de fundo adequado para garantir a boa regulação, pelo contrário, parece confirmar o ditado *dorme tranquilo quem indefere* de Marcos Juruena (MASCARENHAS, 2016).

O controle não é um fim em si mesmo. Admitir o *controle pelo controle acaba por se afastar do compromisso com seus efeitos, com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar* (MARQUES NETO, 2010, p. 22). Não se atentar à limitadores da ação do gestor público leva a um *déficit de responsividade*. A verificação formal do cumprimento de prescrições legais é altamente relevante e, ao lado dessa análise, deve figurar a avaliação dos impactos das medidas adotadas e da efetividade dos resultados.

A boa regulação, antes de ser alcançada, provavelmente passará por tentativas fracassadas, o que não significa necessariamente que deve haver responsabilização do agente. A *divergência é natural* quando se trata de direito (STF, MS nº 24.073, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 6/11/2002, DJ. 31/10/2003, p. 15).

Por isso, dentre as várias opções regulatórias possíveis, a avaliação e julgamento de mérito daquela eleita deve buscar garantir economicidade, legitimidade e eficiência. No entanto, a avaliação da atuação do gestor perpassa pela análise de dolo, atuação com *intenção de praticar um ato contrário à Administração Pública* ou erro grosseiro, *falsa percepção da realidade (fática ou jurídica)* que inclui *noções de imprudência, negligência e imperícia graves*, por força do art. 28 da LINDB (BINENBOJM, CYRINO, 2018, p. 211-213).

Esses conceitos são de difícil delimitação, apreensão e caracterização, porém há expectativas mínimas que são esperadas de gestores públicos, em especial, daqueles que compõem agências reguladoras. Espera-se das agências que, ao menos, avaliem fundamentadamente se é adequado intervir no setor e, se sim, que disponham sobre as *regras do jogo*.

A partir daí, o mais indicado seria o desenvolvimento com base em três etapas: (i.) *processo de aprendizagem*, (ii.) *adaptação decisória*, (iii.) *avaliação sobre a melhor posição institucional para decidir* (BINENBOJM, CYRINO, 2018, p. 214).

O que se pode esperar do gestor é que ele adote opções devidamente fundamentadas e tenha permanente consideração sobre as consequências das escolhas regulatórias tomadas, através de Avaliação de Resultado Regulatório (“ARR”) por exemplo. Esses pontos criam ambiente propício à inovação e ao aperfeiçoamento da regulação.

Por essas razões, a avaliação do TCU sobre as escolhas regulatórias deve ter especial atenção às dificuldades enfrentadas pelo gestor público e aos necessários incentivos à inovação na administração pública. A responsabilização do agente é possível, mediante a configuração de dolo e erro grosseiro (que inclui imprudência, negligência e imperícia graves) como forma de reprimir e desestimular desvios.

#### **4. Conclusão**

Ao propor como tema a atuação do Tribunal de Contas da União no controle externo de agências reguladoras brasileiras, a pesquisa procurou examinar fundamentos, justificativas, limites e contornos dessa atuação, para uma melhor compreensão e avaliação crítica do desempenho do TCU nessa seara.

A hipótese proposta é que as agências reguladoras se submetem ao controle pelo Tribunal de Contas da União, desde que o controle não acarrete a substituição da decisão regulatória pela decisão do Tribunal, configurando uma deferência do Tribunal, com vistas a garantir sua atuação dentro das competências legais e conferir maior segurança jurídica, incentivos à inovação e atração a investimentos no país. Algumas conclusões foram possíveis.

A primeira conclusão que pode ser extraída foi a percepção da atividade regulatória como expressão da *função administrativa* marcada pela *escolha reflexiva*, *independência*, *instrumentalidade* e *setorização*, cujo fim é buscar *equilíbrio e harmonização* do setor regulado, exercida por agências de autonomia reforçada e altamente especializadas.

A segunda é que a simples legitimação da atuação da agência pelo processo e afirmação da independência não parece se sustentar atualmente. A delimitação clara do espaço institucional das agências perpassa pela legitimação das escolhas regulatórias por meio de participação social, elaboração de análises de impacto regulatório, aperfeiçoamento do diálogo institucional entre os órgãos, estabelecimento de limites entre agências e os demais poderes, agenda regulatória devidamente estruturada, uso de mecanismos de transparência e controle, entre outras questões. Reguladores precisam ser capazes de justificar ação (ou não ação) das agências fora de seus próprios espaços, inclusive perante órgãos de controle.

A terceira se referiu ao novo papel do Tribunal trazido pela Constituição de 1988, com duas mudanças relevantes: (i.) a inclusão de parâmetros para a avaliação de qualidade dos gastos públicos, e (ii.) o estabelecimento do rol de responsáveis por prestar contas.

Em paralelo à avaliação legal-contábil, o texto constitucional passa a autorizar o estabelecimento de critérios de avaliação da qualidade a partir de análises de *relação entre meios e fins (economicidade)*, alinhamento aos *princípios gerais (legitimidade)* da decisão tomada, dentre as várias escolhas possíveis, e fiscalizações de cunho operacional (*desempenho*). Os novos critérios de controle foram acompanhados da ampliação e definição dos responsáveis ou administradores de bens e valores públicos, incluindo qualquer responsável pela administração e uso do dinheiro público, direta ou indiretamente (art. 70, parágrafo único, Constituição Federal), resguardado o mérito das decisões administrativas.

Essas competências foram reforçadas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a Lei n. 8.443 de 1992, que dispositivos que reforçam a legalidade dos amplos poderes de fiscalização (art. 1º, inc. II), apuração de responsabilidades (art. 1º, inc. VIII) e aplicação de penalidades (art. 1º, inc. IX) a agências reguladoras e seus respectivos dirigentes, por expressa previsão dessas competências e inclusão desses agentes no rol de responsáveis da lei.

O Regimento Interno, por sua vez, dispôs sobre uma série de instrumentos à disposição do Tribunal para o exercício de suas competências (solicitação do Congresso Nacional, Denúncia, Representação, Levantamento, Auditoria, Inspeção, Acompanhamento e Monitoramento), com vistas *a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos*



*e fatos administrativos* (art. 230, RI-TCU). Isto é, os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade passam a figurar expressamente como critérios de avaliação.

Portanto, por se caracterizarem como responsáveis nos termos dos art. 70, parágrafo único da Constituição Federal, art. 5º da Lei 8.443/92 e art. 5º do Regimento Interno do TCU, conclui-se que as agências reguladoras estão sujeitas à jurisdição do Tribunal, sujeita a amplos poderes de fiscalização (art. 1º, II), apuração de responsabilidades (art. 1º, VIII) e aplicação de penalidades (art. 1º, IX) nos termos da Lei 8.443/92, por meio dos instrumentos de fiscalização previstos no Regimento Interno, sob os vieses de *legalidade, economicidade, legitimidade, eficiência, eficácia e efetividade*.

A quarta conclusão trata da existência de controles mútuos, conformação autorizada pelo desenho institucional brasileiro com o objetivo de evitar a concentração de poderes. Em resumo, as atribuições das Agências não se sobrepõem ao papel do Tribunal de Contas da União, que dispõe de mandato para avaliar a atuação do ente regulador, fortalecendo o mecanismo de *check and balances* ao exercer o controle de segunda ordem.

Por outro lado, esse controle não pode configurar usurpação de competência ou a conformação de um modelo de controlador-administrador. Cabe às agências estipular os aspectos técnicos e equilíbrios econômicos do setor no exercício de suas competências delegadas, enquanto ao Tribunal é atribuído o papel de verificação da conformidade legal e atendimento aos princípios que regem a atuação da Administração Pública.

A quinta conclusão se refere ao novo perfil dialógico da Administração Pública, que recebe diagnósticos otimistas e pessimistas. Trata-se de aproximação entre diversos órgãos que pode ser vista como busca por coerência, conjunção de expertises, aprimoramento no processo de tomada de decisões, e redução de litigância. A visão cética, por sua vez, aponta que a aproximação pode ser indicativa de uma administração pública amedrontada ou encurralada por controladores.

Esses pontos são trazidos para introduzir uma preocupação necessária, cerne do estudo: da mesma forma que há diálogo, há limites nessa aproximação, vez que existe o risco de configuração do desenho institucional de controlador-administrador. Aponta-

se que a inexistência de diálogo ou controle também não parece a solução, sob pena de configuração do desenho institucional do regulador intocável.

A sexta conclusão se refere ao retrato dos últimos cinco anos do Tribunal em relação às Agências selecionadas (ANTAQ, ANTT e ANAC), que demonstrou o elevado número de representações em tramitação no âmbito do Tribunal com esses agentes como unidades jurisdicionadas, propostas por uma diversidade de agentes. Desconsiderando o tipo de processo, as iniciativas de fiscalização em sua maioria são protagonizadas pelo próprio Tribunal. A análise de regularidade procedimental é protagonista nas autuações do Tribunal, seguida pela análise de desempenho das agências: esses são os principais enfoques utilizados pelo Tribunal nesse período. Quanto à imperatividade dos acórdãos, os dados permitem inferir que há um controle corretivo (com e sem imperatividade) em sobreposição a um caráter penalizador. No que se refere à AIR e às audiências e consultas públicas, o TCU reconhece o caráter legitimador desses instrumentos.

Considerando esse retrato, foram tratados pontos de cooperação e limites ao controle externo, que compõem a sétima conclusão.

Quanto à cooperação, levando em consideração o Tribunal como forma de *accountability horizontal*, a existência de diálogo entre Corte de Contas e Agência pode evitar desvios. A exemplo, ter conhecimento sobre o plano estratégico e plano de gestão são formas de estabelecer esse diálogo, que se alinha aos demais mecanismos que o Tribunal possui a sua disposição para a realização de diagnósticos, tais como auditorias de qualidade e desempenho.

Quanto aos limites, frente ao risco de usurpação, três mecanismos foram tratados como limitadores do controle por justificarem a ação (ou não ação) da Agência: (i.) análise de impacto regulatório (limitador técnico), (ii.) audiências e consulta públicas (limitador procedimental), e (iii.) avaliação de existência de dolo ou erro grosseiro (limitador de responsabilização).

A ideia de estabelecer tais limites leva em conta que esses pontos são limitadores da própria atuação de gestores públicos. Desse modo, se atuam no estrito cumprimento de suas competências legais, não cabe ao Tribunal de Contas da União exercer controle com imposição de solução diversa ou até mesmo penalização.

Quanto à análise de impacto regulatório, a proposta desse limitador leva em consideração que a qualidade da regulação está em constante construção. O TCU emerge como agente capaz de, ao lado das agências, compor um encontro de expertises e contribuir para melhoras de desempenho, porém, as decisões do Tribunal não contam com a elaboração de AIRs. Assim sendo, se considerada válida, a AIR surge como limitadora vez que se insere no processo de aprendizagem e adaptação constante da regulação.

Em relação às audiências ou às consultas públicas, o TCU reconhece os benefícios advindos dos mecanismos de participação social. Por isso, se considerados válidos, esses mecanismos devem figurar como legitimadores de opção regulatória adotada. Ainda que detenha alta expertise, o TCU não possui esses mecanismos na fundamentação de suas decisões, ainda que elas *afetem direitos de agentes econômicos ou usuários*. Isso faz com que a análise das escolhas das agências que possuam esse fator procedimental seja revertida de legitimidade superior a possíveis orientações do TCU, por mais técnicas que sejam, o que não impede que sejam feitas recomendações de aperfeiçoamento.

Em relação à responsabilização de gestores, é preciso considerar que a avaliação do TCU sobre as escolhas regulatórias deve ter especial atenção às dificuldades enfrentadas pelo gestor público e aos necessários incentivos à inovação na administração pública. A responsabilização do agente é possível, mediante a configuração de dolo e erro grosseiro (que inclui imprudência, negligência e imperícia graves) como forma de reprimir e desestimular desvios.

Ao final desse estudo, cumpre verificar se o seu objetivo foi alcançado.

As principais preocupações do estudo giraram em torno da possibilidade de *antropofagia de órgãos de controle* (JORGE, 2015), capaz de gerar instabilidade e impedir avanços regulatórios.

A hipótese que foi testada é de que o TCU possui competência para realizar controle externo sobre agências reguladoras, resguardado o mérito da decisão administrativa. Essa atuação tem contribuído positivamente para a construção de adequado ambiente regulatório, por se mostrar como relevante instituição de *accountability horizontal*, ao realizar controle preventivo (rememorem-se os processos

de acompanhamento de licitações) e orientador (majoritariamente não penalizador) da gestão pública, com avaliações que vão além do caráter formalista do controle.

O Tribunal atua com clara preocupação voltada à efetividade de instrumentos e qualidade de atuação das Agências, realizando importantes diagnósticos de problemas estruturais. No entanto, essa atuação pode ser aprimorada com a construção de uma deferência ou autocontenção do Tribunal em atenção às AIRs e aos mecanismos de participação social elaborados e implementados pela Agência, além de atenção aos requisitos de responsabilização de seus gestores previstos na LINDB, com vistas a conferir maior segurança jurídica, incentivos à inovação e atração a investimentos no país.

Por fim, outros ajustes podem contribuir para aperfeiçoar essa interação, pois o Tribunal e as Agências podem (i.) implementar acordos de cooperação técnica, (ii.) robustecer programas de capacitação (inclusive, em conjunto), (iii.) promover diálogo para alcançar coerência interna no âmbito da Administração Pública, com foco na implementação das diretrizes e políticas públicas, e (iv.) investir em pesquisas empíricas que revelem aspectos concretos do controle externo sobre agências reguladoras.

O Tribunal de Contas da União pode ainda avaliar (i.) adotar a boa prática regulatória de elaboração de AIR em suas decisões que proponham alterações em processos de licitação e atos normativos, (ii.) incentivar participação social, sob a figura de *amicus curiae*, nos processos que tramitam no Tribunal, (iii.) submeter os processos de normativos do TCU à avaliação de impacto regulatório e ao diálogo com a sociedade por meio de consultas e audiências públicas, e (iv.) instituir a boa prática de realizar a análise institucional comparativa em suas decisões, consubstanciada na comparação de capacitação entre as instituições envolvidas (TCU e agência).

## **Bibliografia**

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 3, n. 82, out./dez., 1999, p. 254.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 7ª reunião extraordinária, 6 de maio de 1987.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 5ª Reunião, 2 de junho de 1987.

\_\_\_\_\_. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. Brasília: Presidência da República, 2018.

\_\_\_\_\_. Manual de auditoria operacional. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

\_\_\_\_\_. Relatório da Atividades do TCU: 2018. Brasília: TCU, 2019.

CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Verbatim, 2014.

GALVÃO, Cassia Bömer. Os portos marítimos e o crescimento econômico do Brasil. São Paulo: Faap, 2005.

GALVÃO, Cassia Bömer. Os Portos Marítimos na Mundialização do Capital. 2009. Dissertação (Mestrado em Economia Política). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (organizadoras). Métodos de Pesquisa. 1ª Ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GUERRA, Sérgio. A função estatal de regulação e os problemas atuais do Direito Regulatório Brasileiro. In: GUERRA, Sérgio (org). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2015.

GUERRA, Sérgio. Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 2ª edição revisada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (Org.). Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lúcia Helena. A regulação do mercado de aviação civil no Brasil. Notas Técnicas n. 2. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2003. p. 1-28.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). Declaração de Lima (1977). Disponível em: [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4\\_documents/publications/e](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/e). Acesso em: 11 nov 2019.

JORDÃO, Eduardo. Administração dialógica ou amedrontada? Diálogo real não parece combinar com risco de sanção. Jota, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/controle-publico/administracao-dialogica-ou-amedrontada-22052019>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, jan. 2010. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051>>. Acesso em: 9 nov 2019.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Regulação econômica e Democracia: o debate europeu. São Paulo: Singular, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) Direito Administrativo Econômico. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, PALMA, Juliana, MORENO, Maís (Org.). Observatório do Controle da Administração Pública: Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019. 183 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, 2010.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 23a Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 26a Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MENESES, Duarte Manuel Almeida, A *soft law* interna e o princípio da boa administração. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2018.

MENEZES, Monique. Autonomia e controle das agências reguladoras: o papel do Tribunal de Contas da União no arranjo regulatório brasileiro. Curitiba: Ithala, 2015; Teresina: Edufpi, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability and new poliarquies. Tradução por Clarice Cohn e Alvaro Augusto Comin. Lua nova nº 44, 1998.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o 'administrador médio' do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. Jota, 22 ago. 2018. Disponível em <[www.jota.info/opinio-e-analise/coluna/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018](http://www.jota.info/opinio-e-analise/coluna/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018)>. Acesso em: 4 set. 2019.

PESSANHA, C. Relações entre os Poderes Executivo e Legislativo no Brasil: 1946-1994. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 1997.

POLLITT, Christopher, SUMMA, Hilkka. Auditoria operacional e reforma da administração pública. In: POLLITT, Christopher et al. Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países. Belo horizonte: Fórum, 2009.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de janeiro: Renovar, 2011.

ROSILHO, André Janjácomo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SALGADO, L. H. Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. Rio de Janeiro: Ipea, 2003.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Novos parâmetros para Intervenção do Estado na Economia. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho, MONTEIRO, Vera, ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. Revista de Direito GV. Vol. 13, nº 3, São Paulo: FGV Direito, 2017.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: Quem controla as agências de serviços públicos? Seminário internacional: debates e trabalhos. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2003.